جامعة النّجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية
دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني

إعداد
أسماء موسى أسعد أبو سرور

إشراف
د. علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النّجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.
2006

ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية
دراسة مقارنة بين
القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني

إعداد
أسماء موسى أسعد أبو سرور

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2007/1/7م، وأجيزت.

أعضاء اللجنة	التوقيع
1. د. علي السرطاوي / مشرفاً ورئيساً	....
2. د. أنور أبو عيشة / ممتحناً خارجياً	....
3. د. غسان خالد / ممتحناً داخلياً	....

الإهداء

" قل إنّ صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين " سورة الأنعام أية / 162,163

إلى من لا أستطيع أن أضيف لهم وصفاً

أو أوفيهم حقاً... إلى والديّ.

إلى الأعزاء الأحباء الأشقاء وعائلاتهم.

إلى أخواتي في الله.

الشكر والتقدير

الشكر لله الذي منّ عليّ بكل من عليّ شكرهم

ممن جادوا بعلمهم ومعرفتهم كالأساتذة

وبتسامحهم وتعاونهم كأخوة أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة النجاح الوطنية

وأخص الفاضل الدكتور علي السرطاوي المشرف على الرسالة، والذي بفضل توجيهاته القيّمة، والأناة التي أبداها استطعتُ إنجاز هذا البحث.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان للدكتور أنور أبو عيشة والدكتور غسان خالد لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة

قائمة المحتويات

ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية

دراسة مقارنة بين

القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني

إعداد

أسماء موسى أسعد أبو سرور

إشراف

د. علي السرطاوي

الملخص

شكّل الخطأ المركز الذي دارت حوله جميع الموضوعات التي تم بحثها وتحليلها في الرسالة، فابتداء كان البحث في المسئولية كمنهج يعتمد الخطأ أساساً له، مفهومها وطبيعتها التي تقتضي الملامة على مخالفة أحد الأنظمة، والبحث في تنوع الأنظمة التي أفرزت هذا التنوع في المسئولية وصولاً للمسئولية القانونية وتحديداً التقصيرية، باعتبار الخطأ أساساً لها في معظم القوانين، مستعرضةً للمراحل التاريخية التي مرت بها المسئولية، ومقارنةً في الرسالة بين المسئولية والضمان، مفهومه وعناصر الاختلاف والتماثل بينه وبين المسئولية كمنهج يقارب في أهدافه أهداف المسئولية التقصيرية ولو ظاهرياً. وذلك في الفصل الأول من الرسالة.

البحث التفصيلي للخطأ كمفهومٍ معنوي لغةً وقانوناً كان في الفصل الثاني حيث حللّت بعض التعريفات الفقهية التي حاولت ضبط مفهومه وتحديده، بهدف القدرة على ضبط الوضع القانوني المتعلق به وتحديد وجوده من عدمه ،وصعوبة إن لم يكن استحالة ذلك لأنه أُريد من مفهومٍ معنوي بطبيعته،أن يشكّل أساساً لوضعٍ قانونيّ، وما يتطلبه ذلك من دقةٍ لا يمكن لأي تعريف لمفهوم ذو طبيعة معنوية أن ينجح به، متابعةً البحث في أثر الاختلاف في شكل الفعل الذي استند إليه الخطأ وكونه سلبي أو إيجابي، وأثر الاختلاف في الأوصاف المتعلقة بالخطأ فكان خطأً جسيماً أو تافهاً عمدياً أو غير عمدي، على دور الخطأ في المسئولية. ومن خلال البحث في أنواع الخطأ (المدني والجنائي)، تبين لي ذلك الاتصال المحتّم الوجود بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية، حيث أن كل خطإٍ جنائي يشكّل بالضرورة خطأً مدنياً، والعكس ليس صحيحاً، وبيان أن أساس التمييز بين المسئوليتين لم يكن الفعل ووصفه، بل كان الضرر

واختلاف شكله في كل منهما. وكيف أن افتعال نوعٍ جديدٍ من الخطأ يهمل الركن المعنوي ويؤسس الخطأ، وعليه المسئولية، على الركن المادي، لم ينجح في تجاوز المعوقات التي بقيت أمام الركن المادي، وكذلك لم يستطع وحسب ما تبين من مفهوم المسئولية ضرورة إناطتها بمميز، بأن يتغلب على انعدام العدالة الناتج من افتراض التمييز ركناً معنوياً في الخطأ، وعليه عدم مساءلة عديم التمييز عن الضرر الذي يلحقه بالغير.

القسم الثاني من الرسالة بحث في أركان الخطأ، تفصيلاً وتمحيصاً فكان الفصل الثالث يبحث في الركن المادي، وافتراض تحققه بتحقق التعدي عن سلوك الرجل العادي في ذات الظروف التي أحاطت بالفاعل وقت ارتكاب الفعل، حتى يعتبر هذا الفاعل متعدياً، إن هو خرج عن هذا الضابط الاجتماعي، الذي منح القضاء في تحديد وجوده من عدمه صلاحياتٍ أوسع مما ينبغي، خاصةً مع الغموض وعدم الاتفاق على الظروف المعتد بها في إعطاء الفعل وصف التعدي من الظروف التي لا يعتد بها، والتي صاحبت الفعل وأثّرت فيه،أما التي صاحبت الفاعل، فقد همشت وتم تحييدها استناداً إلى ضرورة الموضوعية في الطرح، وكأن الرجل المتوسط في حرصه وذكائه وفطنته كافٍ لبيان من هو الرجل العادي وما يتوقع أن يسلكه، ويحقق هذه الموضوعية والحيادية المرجوة في النص القانوني، محللةً الطرح المقابل في القانون المدني الأردني والشريعة الإسلامية لمفهوم التعدي وتلاؤمه أو عدم تلاؤمه مع النظام المتبع فيهما.

الفصل الرابع بحث في الركن المعنوي أو النّفسي، من مفهومه وحقيقة وجوده في الخطأ وفي المسئولية كشرط إناطة المسئولية أو كشرطٍ لنسبة الخطأ إلى الفاعل، مقارنةً بين النظام المتبع في كل من القانونيين المدني المصري والمدني الأردني- والشريعة الإسلامية بالضرورة-، إذ يتّبع كل منهما نظاماً مختلفاً ومتميزاً عن الآخر.

نتيجة البحث في صلاحية الخطأ كركنٍ لقيام المسئولية، بينت عدم صحة هذا التأسيس لما يتعلق بالخطأ من معضلاتٍ في طبيعته تمنعه أن يشكل أساساً قانونياً بالدقة والتجريد والعموم المطلوب في أي أساسٍ قانوني، وأن اعتماد الخطأ كأساسٍ نتج من كون المسئولية المدنية في بداية انفصالها عن الجنائية لم تظهر بهدف الاختلاف عن الجنائية، بقدر ما كانت تشكّل حالة

توسع في المسئولية الجنائية، افترضها ظهور مبدأ الشرعية، ولكن اختلاف الغايـة المفترضـة منهما اقتضى المرونة في أساس المسئولية التقصيرية، فكان الخطأ. ولكـن طبيعـة المـسئولية عموماً والمسئولية التقصيرية خصوصاً، وما افترض في الجبر والتعويض كغايـةٍ لهـا أظهـر بصورة أوضح عدم صلاحية الخطأ كأساس للمسئولية، بل عدم صلاحية المسئولية كمنهج يهدف إلى جبر الضرر وإعادة التوازن للذمم المالية، مع ما تحمله المـسئولية مـن طبيعـة الملامـة والمؤاخذة، التي تفترض الفعل المنحرف أساساً لها أياً كان وصفه، وضرورة التمييز في الفاعل حتى يحاسب.

المقدمة

القاعدة القانونية على اختلاف مصدرها، تهدف إلى خلق التزامٍ وترتيب حقٍ، وهذه العلاقة التبادلية بين الحق والواجب (الالتزام)، تحتاج لتفعيلها وإعطائها الجدوى العملية، إلى الإلزام الذي لا يقوم إلا بالمسئولية، فالمسئولية القانونية تشكّل الطاقة التي تعطي النص القانوني بما فيه من حقوق وواجبات، الفاعلية والديناميكية التي تمنحه الحياة، فما أثر الإلزام بفعلٍ أو بنهيٍ دون تقرير منهجٍ يضمن تحقق هذا النهي أو الأمر؟!

لقد استُقر على تقسيم المسئولية القانونية إلى قسمين رئيسيين هما: المسئولية المدنية (العقدية والتقصيرية) والمسئولية الجزائية، والمسئولية العقدية تضيق وتنحصر حتى لا تقوم إلا بمخالفة الضوابط التي ارتضاها أطراف العلاقة التعاقدية، وكذلك المسئولية الجزائية فهي تنحصر بالنص القانوني الصريح المقرر قيامها استناداً لمبدأ الشرعية، ولكن وفي المقابل تميزت المسئولية التقصيرية بالاتساع، نتيجةً لعدم الانضباط في أساسها، وتعدد الآراء والنظريات الفقهية التي حاولت تحديد هذا الأساس، والذي نتج من محاولة خَلقِ نوعٍ من التناغم بين مفهوم المسئولية، الذي يحتاج إلى فعلٍ يحاسب عليه فاعله، وبين الغاية المفترضة للمسئولية التقصيرية من التعويض وجبر الضرر، و لقد كانت النظرية الشخصية التي أقامتها على أساس الخطأ أكثر هذه النظريات استقراراً وشيوعاً.

الخطأ سيشكّل المحل الرئيسي للبحث في هذه الرسالة، ويتطلب ذلك ابتداء الرسالة بتحليلٍ للمنهج الذي يشّكل الخطأ ركنه الأساسي واللّازم لقيامه، وعليه البحث في ماهية المسئولية ومفهومها بالعموم، وماهيتها في القانون خصوصاً، وأثر ذلك المفهوم في المسئولية كتقديمٍ للنتيجة المفترض رجاؤها منها، مقارنةً بينها وبين الضمان، كمنهجٍ يتقارب مع المسئولية التقصيرية في الغاية ويختلف معها في الماهية. ومن ثم تقتضي الدراسة وتتطلب تحليلاً مكثفاً للخطأ وطبيعته المعنوية، وأثر ذلك في اتساع معناه، وعدم انضباطه حتى مع المحاولات الفقهية العديدة لتعريفه، وكما تقتضي بياناً لأنواع الخطأ (الجنائي والمدني) و (الموضوعي والأخلاقي)، ومدى الاختلاف أو حتى التكامل بينهما، وأثر اختلاف الغاية لكل منهما في تمايز هذه الأنواع، وتتضمن الرسالة تحليلاً لكافة الأوصاف المتعلقة بالفعل الخاطئ، وتحديد دورها في إسناد أو عدم إسناد المسئولية لفاعل الخطأ.

يحتوي القسم الثاني من الرسالة _ إن جاز تسمية ما سبق بالقسم الأول، إذ شـكّل الأول تحليلاً يتضمن تحضيراً ومقدماً لا بد منه، لبيان طبيعة دور الخطأ في المـسئولية التقـصيرية، وتغيّر أو عدم تغير هذا الدور تبعاً للمتعلقات بهذا الخطأ من أوصاف - بينما يبحث القسم الثاني بشكلٍ مركّزٍ الأركان التي ينبني عليها الخطأ، وما يترتب على دقة تحديدها من أثرٍ فـي تأكيـد وجود الخطأ من عدمه، وبالتالي قيام المسئولية وعدم قيامها، حيث يبحث بالتفصيل الركن المادي للخطأ، والمتمثل بالتعدي، مفهومه ومضمونه وضابطه، في كل من القانونين المدني المـصري، الذي يؤسس المسئولية على الخطأ، والمدني الأردني الذي يتضمن مفهوم التعـدي دون مفهـوم الخطأ، حيث يتأسس فيه الضمان على الإضرار، إذ يتبنى منهجاً آخـر لتحقيـق غايـة جبـر الأضرار والتعويض عنها، وهو الضمان. كما يتضمن هذا القسم بحثاً في الركن المعنوي للخطأ (التمييز)، مفهومه وطبيعته، وحقيقة دوره في المسئولية بغض النظر عن الأساس الـذي تقـوم عليه وكون هذا الأساس يتصف أو لا يتصف بالخطأ.

إذن، ومن خلال البحث في الخطأ كركن الأساس في المسئولية التقصيرية، ومن خـلال البحث في صلاحيته لتتأسس المسئولية التقصيرية عليه، ونتيجةً لاتباع المنهج التحليلي المقـارن بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، يجب البحث في طبيعة منهج المـسئولية التقصيرية ومنهج الضمان، كمنهجين يختلفان في الطبيعة ويتفقان _ من المفترض _ في الغاية، حيث تخلو المسئولية التقصيرية من غاية العقاب والردع.

تظهر أهمية الموضوع محل الدراسة من أهمية المسئولية بعمومهـا، كمـنهجٍ يعطـي الديناميكية والفاعلية للنصوص القانونية، وخصوصاً المسئولية التقصيرية، التـي ظـل يـشوب طبيعتها بعض الغموض نتيجةً لافتراض غايةٍ بعينها لها وهي جبر الضرر، ونتيجة عدم القـدرة على التوافق بين هذه الغاية المفترضة، والمخالفة لما يرجى من المسئولية، ولا يرجى فقط، بـل يشكّل نسقاً متكاملاً مع ماهية وطبيعة المسئولية، وبين وصفٍ مناسبٍ للفعل الذي تتأسس عليـه وما ُيفترض فيه من اتساع، حتى تتحقق به الغاية إلا من خلال وصف الخطأ، والذي ظل بدوره محلّ خلافٍ في مضمونه وأركانه، وتحقيقه للعدالة خاصة للمضرور وتناسبه مع جبر الضرر.

منهجية البحث

يعتبر المنهج العلمي المقارن، والذي ينبني على تحليل العناصر والمكونـات، ويـربط الأسباب بالنتائج، المنهج الأمثلَ ليتوصل به، إلى النتيجة العلمية الأقرب للدقة، فالتحليـل يبـين مدى انسجام المقدمات بالنتائج، والمقارنة تُبين وتُظهر خـصائص وميـزات المنهجـين محـل المقارنة، وعليه وكما تقدم في عنوان الرسالة، فإن النظامين المتبعين في كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، سيكونان محلاً للدراسة والتحليل، فيما يتّبعانه من معطيـاتٍ بخصوص موضوع الرسالة، مع ملاحظة ضرورة الرجوع إلى المصادر الأصلية التـي أخـذا عنها، وهما الفقه اللاتيني للقانون المصري، والفقه الإسلامي للقانون الأردني.

مشكلة البحث

المسئولية التقصيرية لا تقوم إلا على الخطأ، ولكن، هل يشكّل الخطأ الأسـاس الأمثـل المتلائم والمتوافق مع غاية المسئولية التقصيرية؟، وبتجريده عن غاية المسئولية التقصيرية، هل يصلح الخطأ بطبيعته الفضفاضة ليؤسس لوضع قانوني ما؟، وكما يطرح في هذا المقام مـشكلةٌ أخرى تتعلق بالمنهج، وليس في أساسه فقط، فهل تشكّل المسئولية التقصيرية، وهي بما تمثله من ملامة ومؤاخذة وما يترتب على مضمونها هذا من تكليف ومحاسـبة، المـنهج الأمثـل لجبـر الضرر؟، بتعبير آخر، هل تشكّل المسئولية التقصيرية بطبيعتها هذه الوسيلة التي يجب أن تقـود إلى هذه الغاية؟ فالمقدمات يجب أن تقود إلى النتائج.؟!

أهداف البحث

دراسة الخطأ كأساسٍ للمسئولية التقصيرية، لا تقتصر في هـدفها علـى التحقـق مـن صلاحية الخطأ وضرورته، وفقاً لطبيعته ومفهومـه وأركانـه، كأسـاسٍ لإسـناد المـسئولية التقصيرية، بل تمتد للتحقق من تمام التوافق بين المسئولية كمنهجٍ، يسعى لتحقيق الجبر للأضرار وإعادة التوازن للذمم المالية.

مسوغات البحث

الأسباب التي تستدعي دراسة هذا الموضوع، تتمثل بما أجده من انعدام الانضباط في الخطأ، حتى مع فرزٍ لمكوناته وأركانه في محاولة ضبطه وتحديد مقوماته، ليكون أساساً لقيام وضعٍ قانوني، متمثلاً بالمسئولية التقصيرية، وعدم تلاؤمه بفكرته هذه، مع غاية المسئولية التقصيرية، وعليه البحث في أساسٍ آخرٍ أكثر وضوحاً بطبيعته وأكثر تلاؤماً مع غاية المسئولية التقصيرية، بل حتى البحث في منهجٍ أفضلٍ للوصول إلى هذه الغاية، وأكثر انسجاماً قانوناً في فكرته مع هذه الغاية.

الدراسات السابقة حول الموضوع

معظم الدراسات السابقة، التي كان الخطأ محلاً لها، لم تبحث بطبيعته بهدف التحقق من صلاحيته وصحة تأسيس المسئولية التقصيرية عليه، بل اكتفت بطرح طبيعته وتحليل أركانه وانعدامه، وأنواعه وأوصافه، مكتفيةً بالتعليق في أفضل الأحوال على ظهور نواقصٍ في هذا الأساس، والتي من أهمها افتقاره للعدالة في جانب المضرور، دونما البحث في تناقض طبيعته مع غاية المسئولية التقصيرية،وهو ما ظهر لي في معظم المراجع التي استعنت بها في البحث كما أنّه لم يتم البحث في صحة اعتبار المسئولية التقصيرية تهدف في غايتها إلى جبر الضرر، وجعلها الوسيلة الأمثل لتحقيق هذه الغاية، مع أن المسئولية أياً كانت ومن ضمنها المسئولية التقصيرية، لا بد وأن تهدف إلى العقاب والزجر، مهما اختلفت صورة وشكل العقاب، حتى لو أخذ شكل دفع التعويض عن الأضرار، فطالما أخذ هذا التعويض صفة العقاب الزاجر والرادع، ولم يقتصر على إعادة التوازن للذمم المالية، فهو متلائم مع طبيعة المسئولية. ونظراً للارتباط الوثيق للمسئولية بمعظم قواعد القانون المدني، فلا يمكن الإحاطة بكل ما يمكن أن يخدم موضوع الرسالة، ومن هذه الموضوعات البحث في حالات الضرورة والدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس، باعتبارها موانع من العقاب أم حالات ينتفي فيها الخطأ، وكذلك أساس الخطأ المفترض في المسئولية عن الغير أو في المسئولية عن الأشياء.

والبحث سيكون وفقاً للخطة التالية:

تمهيد

الفصل الأول: المسئولية والضمان

المبحث الأول: ماهية المسئولية والتغير نحو المسئولية الموضوعية.

المطلب الأول: مفهوم المسئولية.

المطلب الثاني: المسار التاريخي لحركة المسئولية.

المبحث الثاني: القواعد العامة للمسئولية في الفقه الإسلامي ومفهوم الضمان.

المطلب الأول: موضع الضمان ضمن قواعد المسئولية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مفهوم الضمان.

الفصل الثاني: مفهوم الخطأ

المبحث الأول: تعريف الخطأ وشكل الفعل المتعلق به.

المطلب الأول: تعريف الخطأ.

المطلب الثاني: شكل الفعل الذي يتعلق به الخطأ.

المبحث الثاني: أنواع الخطأ وأوصافه.

المطلب الأول: أنواع الخطأ.

المطلب الثاني: أوصاف الخطأ.

الفصل الثالث: الركن المادي للخطأ (التعدي)

المبحث الأول: التعدي في القانون المدني المصري.

المطلب الأول: مفهوم التعدي في القانون المدني المصري.

المطلب الثاني: الظروف المعتد بتأثيرها في وجود التعدي.

المبحث الثاني: التعدي في القانون المدني الأردني.

المطلب الأول: مفهوم التعدي في القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني: حالات اشتراط وجود التعدي.

الفصل الرابع: الركن المعنوي للخطأ (التمييز)

المبحث الأول: ماهية التمييز وحالات انعدامه.

المطلب الأول: مفهوم التمييز كركنٍ في الخطأ.

المطلب الثاني: حالات انعدام التمييز.

المبحث الثاني: مسئولية عديم التمييز.

المطلب الأول: مسئولية عديم التمييز في القانون المدني المصري.

المطلب الثاني: مسئولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني.

تمهيد

انقسمت القوانين العربية، في المنهج الذي تبنته لإعادة التوازن للذمم المالية وجبر الأضرار المترتبة على الأفعال الضارة، فمثلاً القانون المصري ومعظم القوانين المستمدة من الفقه اللاتيني تبنت المسئولية وأسستها على الخطأ، أما القانون الأردني فتبنى لذلك منهج الضمان كما يتبين من ظاهر نصوص القانون المدني الأردني.

المسئولية تهدف بطبيعتها إلى المؤاخذة واللوم على أفعالٍ أتاها المكلف مخالفاً ما كُلف به، إذن هي تهدف بماهيتها إلى اللوم والزجر ولا تقوم إلا على مكلف، وعليه من طبيعة الأمور أن تتأسس على فعلٍ منحرفٍ يلام فاعله (الخطأ)، ولكن جعل الغاية المفترضة من المسئولية التقصيرية هي الجبر، أوجد معضلة أفرزت النواقص التي اعترت الخطأ كأساسٍ وسندٍ قانوني، كما ترتب عليها مشكلة جبر الضرر الذي تسبب به عديم التمييز مع افتراض أنه مسئول وعليه فهو بالضرورة مكلف مميز لأفعاله.بينما الضمان وهو بماهيته ومفهومه يؤدي في حال توفر أساسه وهو الضرر إلى ضرورة الجبر والتعويض، دون البحث في طبيعة الانحراف في الفعل أو وجود التمييز من عدمه لدى الفاعل للضرر.

يجد البعض أن المشكلات المواجهة لمنهج المسئولية الهادفة لجبر الضرر، يمكن التغلب عليها بتأسيسها على الفعل الضار دون البحث في وصف الانحراف في الفعل، باعتبار التمييز ركنا في الخطأ، أو حتى بتأسيسها على الخطأ المجرد من ركنه المعنوي، ولكن أليس التمييز مناط للمسئولية ولا تقوم بحق شخص إلا إذا كان مميزاً ؟ وعليه فبأي أساسٍ قامت فهي لا تناط إلا بمميز، ولا تهدف إلا إلى اللوم والزجر.لكن الضمان باعتباره خطاباً غير مباشر يخاطب الذمة المالية للضامن، فهو لا يتعلق بالتكليف أو التمييز.

أجد أن الفرق بين المنهجين (الضمان والمسئولية) واضح في ماهيتهما وأحكامهما، ولا يمكن الادعاء أن المسئولية المستندة للخطأ الموضوعي، تماثل في طبيعتها وأحكامها طبيعة وأحكام الضمان، ولقد ظهر هذا الخلط واضحاً في نصوص القانون المدني الأردني فهو تبنى المسئولية الموضوعية من خلال اعتماده لمفهوم الإضرار، وشرع في تطبيق الأحكام التفصيلية المتعلقة بالضمان من مباشرة وتسبب غيرها.

الفصل الأول

المسئولية والضمان

المبحث الأول: ماهية المسئولية والتغير نحو المسئولية الموضوعية.

المطلب الأول: مفهوم المسئولية وفيه: بحث لمعنى المسئولية وأنواعها

المطلب الثاني: المسار التاريخي لحركة المسئولية.

المبحث الثاني: القواعد العامة للمسئولية في الفقه الإسلامي ومفهوم الضمان.

المطلب الأول: موضع الضمان ضمن قواعد المسئولية في الفقه الإسلامي وفيـه: دراسة للمسئولية في فترة الجاهلية وما بعد الإسلام

المطلب الثاني: مفهوم الضمان وفيه: دراسة لمعنى الـضمان لغـة واصـطلاحاً وطبيعة الالتزام الناشئ من الوجود في حالة الضمان، وأسانيد مشروعية الضمان.

الفصل الأول

المسئولية والضمان

المبحث الأول

ماهية المسئولية والتغير نحو المسئولية الموضوعية

تتطلب الدراسة المنهجية الصحيحة لموضوعٍ ما، شمول هذه الدراسة لكافة العوامل التي تشكّل مجالاً تتفاعل فيه فكرة الموضوع، مؤثرةً ومتأثرةً بهذه العوامل، لذلك فالبحث في صحة تأسيس المسئولية التقصيرية على الخطأ، يستتبع بالضرورة تحليل كافة المسائل المتعلقة به، ومن أهم هذه المسائل، ماهية وطبيعة المسئولية والمرتكزات التي تستند إليها في وجودها بما يتناسب مع طبيعتها ومفهومها، والتغيرات في معيار وأساس وجودها، فالحركة الطبيعية لأي فكرة إنسانية اجتماعية، تقتضي التغير والتبدل في مضمون هذه الفكرة، وفقاً لمعطياتٍ عديدة.

المطلب الأول: مفهوم المسئولية

إن دراسة مفهوم المسئولية أمر غاية في الأهمية، لما له من أثرٍ في بيان المركز الذي يتكثف فيه مضمون المسئولية، وبيان الركن أو العنصر الذي يصح اعتباره أساساً للمسئولية.

حيث يعيش الإنسان ضمن جماعة، وهذا العيش الجماعي يقتضي بالضرورة وجود علاقاتٍ تربط الفرد بمحيطه الإنساني، ولضمان سير هذه العلاقات في اتجاهها الصحيح، لا بد من ضبط وتنظيم هذه العلاقات بقواعدٍ معينةٍ، كما لا بدّ من تفعيلها من خلال التزام الأفراد بها مهما كان مصدر وجودها، فمخالفة هذه الضوابط وعدم الالتزام بها، ينشئ المسئولية. إذن مصدر المسئولية هو الفعل الذي يخالف به مرتكبه التزامه باحترام القواعد، فالمسئول يسأل عن فعله بذاته وبأوصافه سواء تعلقت هذه الأوصاف بطبيعته، أو ارتبطت بنتيجته. لكن ماذا يقصد بالمسئولية وأن يكون الشخص مسئولاً؟

الفرع الأول: المسئولية في اللغة

يقصد بالمسئولية لغةً: "ما يكون به الإنسان مسئولاً ومطالباً عن أمورٍ أو أفعالٍ أتاها"[(1)].

يتضح من التعريف اللغوي أن المفهوم يعالج أمرين أساسيين هما:

أولاً: الأثر المترتب على وجود المسئولية، أي ما يلتزم به الشخص إذا ما كان مسئولاً وبتعبير آخر الجزاء الناشئ من كونه مسئولاً.

ثانياً: العنصر أو الركن المؤسس للمسئولية، وهو ما تقوم به المسئولية، وبالرجوع للتعريف يكون أساس وجودها الأمور والأفعال التي أتاها الفاعل.

الفرع الثاني: المسئولية في القانون

لم تُعرف المسئولية ضمن النصوص القانونية، ولكن الفقه اجتهد في بيان المقصود بالمسئولية ووضع مجموعة تعريفاتٍ موضحةٍ لمضمونها، ومن هذه التعاريف. تعريفها بأنّها "الحكم الذي يترتب على الشخص الذي ارتكب أمراً يوجب المؤاخذة"[(2)]، وكذلك تعريفها بأنها "اقتراف أمرٍ يوجب المؤاخذة"[(3)]، أو بأنّها " الجزاء المترتب على مخالفة إحدى الواجبات المناطة بالشخص مهما كان مصدر هذا الواجب"[(4)].

أجد أن التعاريف وإن اختلفت في مبناها أو حتى في جزءٍ من مضمونها، إلا أنّها جميعها ترتكز على أن علة المساءلة دائماً هي الفعل الذي يخالف فيه مرتكبه الواجب المكلف به، فالشخص عليه احترام وتأدية ما وجب عليه تأديته، وإلا فهو مسئولٌ بالضرورة، ومؤاخذٌ

---

(1) مصطفى، إبراهيم، وآخرون: **المعجم الوسيط. ج/1**. ط/2. استنبول: دار الدعوة. 1972. ص411.

(2) مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني. م1 الفعل الضار.** ط5. تنقيح حبيب إبراهيم الخليلي.الإسكندرية: منشأة المعارف.1992. ص300.

(3) المحاقري، إسماعيل محمد علي: الإعفاء من المسئولية المدنية في القانون المدني اليمني مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية. دون ط. القاهرة: سعد سمك للنسخ والطباعة. 1996. ص15.

(4) منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات. مصادر الالتزام.** ط 1. عمان: الدار العلمية ودار الثقافة. 2001. ص244.

على مخالفته للقاعدة المخاطب بها، والمكلف بمراعاتها. إذن المسئولية مهمـا كـان نوعهـا أو مصدرها، تؤسس على الفعل الذي أتاه المكلف مخالفاً ما ُكلف به، والمسئول دائماً هو شـخص مكلّف، والمنطق يقتضي أهلية المكلف لما ُكلف به، حتى يكون أهلاً للمساءلة وتحمل الحكـم، أو الجزاء المترتب على قيام المسئولية، وبالمعنى القانوني، فالمسئولية لا تناط إلا بشخصٍ ذو أهلية لتحمل المسئولية لأنّه كان بالأصل أهلاً للتكليف.

يظهر من التعاريف السابقة للمسئولية، أن البعض قد عرفها بأثرها، أي الالتزام النـاتج من وجودها وهو الجزاء أو الحكم المترتب على وجودها، والبعض عرفها بأنّها مباشرة الأمـر المستتبع وجودها – ُأنظر تعريف المحاقري – وأجد أن التعريف الأكثر دقة هو التعريف الـذي يتتبع أركان التعريف اللغوي، وهذه الأركان هي، الحالة التي يكون الشخص ملتزماً بها، والسبب المؤسس والمنشئ لهذه الحالة، ويمكن تعريفها بأنها:حالة الالتزام التي يوجـد بهـا المـسئول، والناتجة عن مخالفته لالتزامٍ سابقٍ، فالشخص يكلف بالتزام سواء كان التزاماً سـلبياً أو التزامـاً إيجابياً، ضاقت دائرة التزاماته بضوابط محددة، أو اتسعت ضمن قواعد عامة، فإن مخالفتـه أو إخلاله للالتزام محل التكليف، يترتب عليه وجود المخلّ في محل المسئولية، ووجوده في محـل المسئولية يعني التزامه بكافة الأحكام المترتبة على وجوده في هذا المركز القانوني.

الفرع الثالث: أنواع المسئولية تبعاً للنظام المخالف

دراسة مفهوم المسئولية تقتضي لاكتمال عناصـرها، البحـث الملخـص فـي أنـواع المسئولية.ولقد أسلفتُ سابقاً أن المسئولية تنتج من الإخلال بالنظام الذي يحاول ترتيب علاقـات الجماعة الإنسانية، وهذا النظام معقّد لا يمتاز بالبساطة، فهو مركب من عدة أنظمة تختلف فـي مصدرها ولكنّها تتحد في مسارها وغايتها، فهناك النظام الأخلاقي والنظـام الـديني والنظـام القانوني، وكلها أنظمة تشكّل فيما بينها نظاماً مركزياً، يحاول إيجـاد ترتيـبٍ للعلاقـات بـين موجودات الكون. ومخالفة أي قاعدة من قواعد هذه الأنظمة ترتب مـسئولية تتنـوع وتختلـف

باختلاف مصدر القاعدة التي تمت مخالفتها، فإن كانت القاعدة أخلاقية كانت المسئولية أدبية، وإن كانت دينية كانت المسئولية دينية، وإن كانت قانونية كانت المسئولية قانونية[1].

إذن، جميعها تؤسس على مخالفة قاعدة ما، ولكنّها تضيق وتتسع في نطاقها استناداً للمجال الذي تسري وتطبق فيه قواعدها، فالمسئولية الأدبية تتحدد بالقواعد الأخلاقية، بينما المسئولية القانونية تتحدد بالقواعد القانونية، ونطاق القواعد القانونية مثلاً – وإن كان يتقاطع في مساره مع نطاق القواعد الأخلاقية – إلا أنَه يضيق عن نطاق سريان الأخلاق[2]. كما أنّها تختلف في مرتكزاتها، فالمسئولية الأدبية توجد دون الحاجة لوجود مظهرٍ مادي خارجي، بل يكفي وجود النية السيئة دون اشتراط تحققها في فعلٍ مادي ملموس، بينما المسئولية القانونية لا تتشكل إلا بفعلٍ مادي ملموس[3]. ومن صور تحققها بشكلٍ ملموس، ليس فقط التحقُق المادي للفعل المنشِئ للمسئولية، بل أيضاً بتحقق الضرر عنها، فالمسئولية القانونية لا تقوم دون الضرر، بينما المسئولية الأدبية تتحقق بالفعل المجرد، لا بل قد تتحقق بمجرد القصد السيئ[4]. وأخالف هذا الرأي، فالضرر متحققٌ في كلٍ من المسئوليتين القانونية والأدبية وإن اختلف في مضمونه وشكله ومحل وقوعه، فالضرر في المسئولية القانونية قد يصيب أشخاصاً بذواتهم أو المجتمع بعمومه، بينما الضرر في المسئولية الأدبية يصيب النظام الأخلاقي، وإن انتُقد هذا الرأي بالقول، أن الضرر في هذه الحال يكون غير ملموس، ولكن أليس الضرر الذي يصيب المجتمع أيضاً غير ملموس !؟ ولا يقتصر الاختلاف على ذلك، بل يمتد ليشمل اختلاف الالتزام أو الأثر المترتب عن وجود المسئولية، فالمسئولية الأدبية تستتبع جزاء أدبياً والمسئولية القانونية تستتبع جزاء قانونياً[5]. حيث يكون الجزاء الأدبي بين الإنسان وربه أو بينه وبين نفسه، أما

---

(1) أحمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي**. ط1. عمان: مكتبة دار الثقافة 1999. ص186.

(2) الفاكهاني، حسن وآخرين: **الوسيط في القانون المدني الأردني رقم1976/43**. ج4. دون ط.القاهرة: الدار العربية للموسوعات.2001، ص1242.

(3) النقيب،عاطف: **النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر** -. ط3 بيروت: منشورات عويدات والجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.1984. ص17.

(4) عامر،حسين: **المسئولية المدنية**. ط1. القاهرة: مطبعة مصر. 1956. ص2.

(5) النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص17، و مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص3.

الجزاء القانوني فيكون تجاه المجتمع بعمومه، أو تجاه أفراده المواجهين خصوصاً بالفعل الـذي ترتبت عليه المسئولية[1]. ومن أوجه الاختلاف بين الأنواع المتعددة للمسئولية، الغاية والهـدف من وجود الشخص في حالة الالتزام هذه، ففي المسئولية الدينية الهدف تحقيق العدل الإلهي، وفي المسئولية الأدبية الهدف راحة الضمير، وفي القانونية جبر الضرر وحماية المجتمع من خـلال الجزاء الرادع[2]، ولكن ومهما تعددت المسئولية في أنواعها فإن ما يجمعها هو الأساس لوجودها – وهو الفعل المخالف للقاعدة – والجزاء المترتب عن قيام المسئولية، والمـسئول فـي كافـة أحوالها وأشكالها هو الشخص المكّلف (الشخص العاقل). ومجال دراستي هو المسئولية القانونية وبالأخص المسئولية التقصيرية، واستكمالاً للموضوع سأبحث باقتضاب في أنـواع المـسئولية القانونية، مفصلةً ما يحتاج الموضوع لتفصيله.

الفرع الرابع:- أنواع المسئولية القانونية

المسئولية القانونية تتحقق عندما يكون القانون مصدراً للقاعدة التي تـم الإخـلال بهـا، والقصد هنا يتسع ليشمل القانون بمفهومه الواسع بجميع مصادره، ولا يقتصر على النـصوص التشريعية الصريحة، وهي بذلك تقسم إلى مسئولية مدنية ومسئولية جنائية، والمسئولية المدنيـة تقسم بدورها إلى مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية[3]. حيث تنشأ المسئولية العقدية من مخالفـة الأحكام المنصوص عليها في العقد، بينما تنشأ المسئولية التقصيرية من الإخلال بأحكام القانون. ومن الضروري تعريف المسئولية التقصيرية باعتبارها في صلب موضوع الرسالة، حيث يقصد بالمسئولية التقصيرية "الجزاء على الإخلال بالواجب القانوني العام الذي يفرض على كل شخص عدم الإضرار بغيره"[4]. كما يعرفها الأستاذ السنهوري بأنّها "تعويض الضرر الناشئ عن الفعل

---

[1] جمعة، عبد المعين لطفي: **موسوعة القضاء في المسئولية المدنية.م1.ج1**. دون ط. القـاهرة: عـالم الكتـب.1979. ص20.

[2] العطار،عبـد الناصـر توفيـق: **مـصادر الالتـزام**. دون ط.القـاهرة: مؤسـسة البـستاني. دون سـنه نـشر. ص241..وراجع Harpwood , Vivienne:**Law of Tort**. no edition. Cavendish.London. 1993. p5

[3] شريف، أحمد شريف حسين: **المسئولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني**.(رسالة ماجستير غيـر منشورة). الجامعة الأردنية.عمان. الأردن.1994. ص5.

[4] تناغو، سمير عبد السيد: **المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام. مصادر الالتزام**. دون ط. منشأة المعارف: الإسـكندرية.دون سـنة نشر. ص213.

غير المشروع"[1]. إذن التعريف يشمل الفعل الذي أنشأ الالتزام بإزالة الضرر الناتج من الفعـل، مع اشتراط عدم المشروعية في الفعل المنشئ للالتزام، وهناك بعض التعريفات التي لم تـشتمل سوى على أثر قيام المسئولية دون الاهتمام بأساس وجودها، كما يذكر لها من تعريفـات بأنهـا "الالتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسئولاً عن نتائج النشاط الذي يقوم به[2]، واختلاف التعريف أمر لا بد منه، وذلك لاختلاف المنطلق لهذه المسئولية وأساسها القانوني مـن نظريـة لأخرى، حيث أُقيمت مرة على أساس الخطأ ومرة على أساس الضرر – خاصة وأن القانون لم يقم بتعريفها – فمن يؤسسها على الخطأ يركّز على إيراد أساس وجودها في تعريفه لها، بينمـا من يؤسسها على الضرر يركّز على إيراد أثرها فقط. وسيكون أساس قيامها وصلاحية الخطـأ وصحته وضرورته ليكون هذا الأساس، محل بحثي في هذه الرسالة.

المطلب الثاني: المسار التاريخي لحركة المسئولية

إن الفهم الوافي للمسئولية يتطلب متابعة المسار الذي تحركت بـه تاريخيـاً، ودراسـة المتغيرات التي توالت على مضمونها وأساسها خلال حقبٍ زمانيةٍ مختلفةٍ، ذلـك أن المـسئولية وباعتبارها ضابطٌ للنظام القائم في مجتمع ما، متغيرة في أساسها ودعائمها استجابةً للتغيير الذي هو من أهم خصائص النظام الاجتماعي.

سأدرس في هذا المطلب المسار الذي تحركت به أُسس ودعائم وجود المسئولية، والتـي يمكن ضبطها في ثلاث مراحلٍ، مبينةً اتجاهها نحو المسئولية الموضوعية، ولذا جاء المطلب في ثلاثة فروعٍ هي:

---

[1] السنهوري:عبد الرازق احمد.ج2.**مصادر الالتزام.** المجلد الثاني، تنقيح مصطفى محمد الفقي و عبد الباسـط جميعـي. ط3. القاهرة: دار النهضة العربية. 1987. ص1027.

[2] هارون، جمال حسني: **المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني الأردني**.(رسالة ماجستير غير منـشورة) الجامعـة الأردنية.عمان. الأردن.1993. ص4.

الفرع الأول: المسئولية عن الفعل المادي (في القانون الروماني)

السلطة المركزية في بداية العهد الروماني كانت ضعيفة، إن لم تكن منعدمة، وهذا الأمر أورث المجتمع حركة عشوائية جماعية، فلا مجال لوجود الفرد كفاعلٍ أو كمسئولٍ دون جماعته لذلك، كانت المسئولية عن الفعل الذي يرتكبه أحد أعضاء الجماعة مسئولية جماعية، فكل جماعته تتحمل نتائج أفعاله، حيث كانت جماعة المضرور تثأر من جماعة الفاعل[1]. وترتب على الثأر الجماعي حالة من عدم الاستقرار في المجتمع، نتيجة لهذه الغريزة الجامحة غير المضبوطة، مما أدى إلى ضرورة تنظيم عملية الثأر، فأصبحت عملية فردية، تأخذ شكل الاقتصاص من جسد الجاني على أساس فكرة العين بالعين[2].

استمر التطور في التعامل مع جزاء الأفعال الضارة، والتغير فيها بما يحقق مصلحةً أفضل للمضرور، فالثأر لم يحقق للمضرور أي نفعٍ مادي، لذلك ظهر شكل جديد للجزاء، وهو الدية. وأول ما ظهرت الدية كانت اختيارية، بمعنى أن المضرور يحق له أن يختارها بدلاً من الثأر وليس ملزم بها دائماً، وهذا التخيير يبين وجود الصفة الجزائية في الدية واعتبارها شكل من أشكال العقوبة[3].

وحتى بعد أن أصبحت الدية إجبارية عن بعض الأفعال، بقيت محتفظةً بشكلها العقابي إذ لم تكن تقدر بمقدار الضرر، بمعنى أن الوظيفة التي كانت تؤديها في ذلك الوقت هي الوظيفة الردعية لا الوظيفة الإصلاحية[4] الهادفة إلى جبر الضرر فقد كانت تفوق في مقدارها الضرر في أحيانٍ كثيرة.

بقي التطور في الجزاء والأثر المترتب على قيام المسئولية، بمعزلٍ عن أي تطور في الأساس الداعم لقيام المسئولية، فلقد امتازت هذه المرحلة بتأسيس المسئولية فيها على الفعل

---

(1) الصدة،عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام**. دون ط. بيروت: دار النهضة العربية. 1979. ص532

(2) مرقس، سليمان: **الفعل الضار**. ط 2. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.1956. ص25

(3) النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص57

(4) الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة لالتزام. الكتاب الأول. مصادر الالتزام**. دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية. 1995. ص497

المادي المجردِ سوى من نتيجته الضارة، فلا اعتبار لشخص الفاعل مـدركاً أم غيـر مـدرك، متعمداً الفعل الذي أتاه أم لم يتعمده[1]. وبدأت بذور التغير تظهر مع زيادة الـسلطة المركزيـة ووجود الدولة، إذ ُوجد في قانون الألواح الإثني عشر تحديد وضبطٌ لنوعية الجزاءات المترتبـة عن الأفعال الضارة، مع تحديدٍ لبعض هذه الأفعال ضمن جرائم خاصة، تنتج عنها أضرار تمس بمصالح الأفراد، وجرائم عامة تنتج عنها أضرار تمس بالدولة[2]. ولكن هذا التحديـد وإن بـدأ يهتم بالفعل إلا أنّه اعتمد الضرر ومحله كأساس لهذا التحديد، فلقد شكّلت هذه المرحلة وما تلاها من تقسيمٍ لنمط الأفعال في قانون أكيليا[3]، واشتراط لبعض الشروط والأوصاف في الأفعال حتى تؤسس عليه المسئولية، مرحلة مخاضٍ لتمايز المسئولية المدنية عن المسئولية الجزائية، اسـتتبع بالضرورة تغيير وتمييز لأساس كل منهما عن الأخرى - وإن كان لي رأي آخـر فـي ذلـك سأدرسه في الفصل الثاني-، حيث تم ضبط بعض الأفعال ضمن نصوصٍ قانونيةٍ محددة، وتعدادٍ صريحٍ لهذه الأفعال، مثل موت رقيق أو قتل رأس ماشية، وإعطائها وصف الجـرائم الخاصـة وتحديد جزائها بالغرامة، واشترط لقيام المسئولية حصول الفعل دون وجه حق وامتلاك المجنـي عليه للشيء الذي أتلف[4].

إذن حاول هذا القانون ضبط عملية المساءلة، فليس كل فعلٍ ضارٍ يـستتبع المـسئولية، ولكن هل يفترض مع وجود النصوص المعدِدة للأفعال المستتبعة للمسئولية. عدم قيام المسئولية إلا عن الأفعال المقررة بنصٍ صريحٍ!؟ قطعاً لا، حيث بدأت تظهر الأفكار التي تسعى لإيجـاد التناغم بين الواقع الفعلي ومبدأ المشروعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ـ الذي توصل إليه الرومان في أواخر عهد إمبراطوريتهم[5]. حيث لم يكن من المعقول عدم المساءلة إلا على مـا نُص عليه بنصوصٍ صريحة، ومع تعاصر هذه المرحلة مع بدء ظهور التأثير الأخلاقي والديني

---

[1] العوجي، مصطفى: **القانون المدني. ج2. المسئولية المدنية**. ط1. بيروت: مؤسسة بحسون.1996. ص230

[2] الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة. ج1. مصادر الالتزام**. دون ط. عمـان: دار الثقافـة للنـشر والتوزيع.1996. ص337

[3] إكليليا (aquilia)، وهو أحد القوانين الرومانية وظهر في أواخر القرن الخامس من بناء روما، وفيه بدأ البحث والاهتمام بالتصرف الصادر من فاعل الضرر.

[4] النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص60

[5] الفضل، منذر: المرجع السابق. ص337

على المسئولية نتيجة التأثر بالكنيسة اليونانية، واهتمامها بنية إحداث الضرر وبفكرة الخطيئة[1]. وجدت ضرورةٌ لاستحداث فكرةٍ جديدة، تفتح المجال للتوسع في الأفعال التي يـسأل مرتكبهـا، وكانت هذه الفكرة الخطأ، وهنا نجد تشوه بداية تشكل حالة انقـسام المـسئولية المدنيـة عـن المسئولية الجزائية، فلم تكن بدايةً لانقسامٍ أو انفصالٍ بقدر ما كانـت حالـة توسـع اقتـضتها المستجدات في الفكر القانوني، من وجود مبدأ المشروعية، كما اقتضاها الواقع العملـي والـذي يسعى إلي تحقيق العدالة فيه، من ضرورة تحمل الفاعل لنتائج أفعاله الضارة، إلا أن الفكرة بقيت مجرد فكرة، حيث استمر تأسيس المسئولية على الفعل الضار حتى أواخر العهد الروماني[2].

ما يمكن استنتاجه من خصائص لهذه المرحلة، عدم تقرير قاعدة عامة فـي المـسئولية حيث عرفت هذه المرحلة حالات خاصة في المسئولية[3]. كما أن المسئولية التي عرفتهـا هـذه المرحلة هي المسئولية الجزائية فقط، حتى لو تأسست على الفعل الضار، أو أخذ الجزاء شـكل الدية، فتأسيسها على الفعل الضار سبق ظهور مبدأ المشروعية، والدية وإن كانت أموالاً إلا أنّها حملت معنى العقوبة والردع.

الفرع الثاني: - المسئولية عن الخطأ (النظرية الشخصية)

تشكّلت المرحلة الثانية وبلغت أوجها في القانون الفرنسي القديم والحـديث، فالقـانون الفرنسي كان يشكّل امتداداً طبيعياً لما وصل إليه القانون الروماني، ففي بداية تقـسيمه للأفعـال المجرمة، وهي كانت المرحلة المؤسِسة لظهور واعتماد الخطأ أساساً للمسئولية، اعتمـد علـى محل وقوع الضرر، إذ جعل من الجرائم الواقعة على الأموال جرائم خاصـة، ومـن الجـرائم الواقعة على الأشخاص جرائم عامة، وعليه بدأ يبرز الفرق بين الجريمـة المدنيـة والجريمـة الجزائية[4]. فما يقع على الأموال تتشكل به جريمة مدنية تـستوجب التعـويض، وعليـه فـإن

---

[1] النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص61، و، مرقس، سليمان: **الفعل الضار**. مرجع سابق. ص26.

[2] محمد،عبد الحميد عثمان: **المسئولية المدنية عن مضار المادة المشعة**. (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة القاهرة. الخرطوم. السودان. 1993. ص69.

[3] السنهوري: المرجع السابق. ص1063، و الصدة، عبد المنعم:المرجع السابق.ص532.

[4] عامر، حسين: المرجع السابق. ص 149.

التعويض أول ما ظهر في القانون الفرنسي حمل فكرة العقوبة والردع. ومـع الوصـول لهـذه المرحلة من الحاجة إلى تمايز الأفعال، ومع الميراث الذي خلّفه الفقه الروماني متأثراً بالأصول الأخلاقية للمسئولية في الفكر الكنسي، الذي ساد في تلك الفترة الزمنية، والذي اهـتم بـالإرادة الحرة القادرة على تمييز الخير والشر ومحاسبة النفس قبل محاسبة الغيـر[1]، وجعلهـا شـرطاً لمساءلة الإنسان، حيث لا يسأل إلا إذا خالف قاعدةً أخلاقيةً أو دينيةً[2]، فالمخاطب بهذه القواعد هو الإنسان المكلف، والعقل مناط التكليف، وجد شرطٌ أولٌ في الفعل، حيث يلزم في الفعل ليسأل فاعله أن يخالف بفعله الأخلاق والدين، وثانياً يشترط في الفاعل أن يكون إنساناً مسئولاً يمكـن مساءلته. فما الوصف الذي يمكن إطلاقه على الفعل ويتسع لهذه الشروط، ويتوافق مع مرتكزات النظام الاجتماعي التي سادت في تلك الفترة؟

إنّه الخطأ، فهو وصفٌ معنوي فضفاض، يحتمل الكثير من المعاني وتنطوي تحته الكثير من الأفعال، فكل فعلٍ يخالف الصواب يعد خطأ[3]، ويمكن التصور كم الأفعال التـي نـستطيع وصفها بأنّها أفعالٌ خاطئةٌ، ولقد كان الفقيه الفرنسي دوما أول من وضع الخطأ كأساسٍ للمسئولية بصفةٍ مطلقةٍ[4]، على اختلاف أنواع المسئولية، حيث قسم الخطأ إلى ثلاثة أقسام هي:

1- الخطأ الذي تترتب عليه جناية أو جنحة، وهنا يسأل الفاعل جنائياً من قبل الدولة بالإضافة إلى المساءلة من قبل المضرور.

2- الخطأ الناتج من إخلالٍ بالتزامٍ متفقٍ عليه (خطأ عقدي).

3- الخطأ الناتج من الإخلال والذي لا يتشكّل به جناية أو جنحة، و يعتبر خطأ إهمالٍ وعـدم تبصر[5].

---

(1) العوجي، مصطفى: المرجع السابق. ص230

(2) النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص62

(3) ابن منظور: **لسان العرب. المحيط**.إعداد:يوسف الخياط. مجلد /1. بيروت: دار لسان العرب.ص854

(4) عكوش، حسن: **المسئولية العقدية والتقصيرية في القـانون المـدني الجديـد**. ط1. القـاهرة: دار الفكـر الحـديث. 1973.ص17

(5) عامر، حسين: المرجع السابق. ص149

ولكن المسئولية التقصيرية، ومع انفصالها عن المسئولية الجزائية والـذي اتـضح فـي القانون الفرنسي، حيث تم نزع وصف العقوبة عن التعويض، وظهـرت الوظيفـة الإصـلاحية له[1]، كانت بحاجةٍ لضابط وجودها وتأسيسها، والخطأ أصلح الأسس التي قـد تعتمـد لوجـود المسئولية التقصيرية خاصةً وأنّها رغم القول بانفصالها عن المسئولية الجزائيـة فـي القـانون الفرنسي[2]، لم تزل متأثرة بها، حيث ُوجد ذلك الارتباط التاريخي بينهما، فهي مع هذا الارتباط الخفي،لا تزال بحاجة للفعل ووصفه كما في المسئولية الجزائية أساساً لقيامها، ولكن طبيعة الأثر والحكم المترتب على وجودها، وهو التعويض وما يهدف إليه من جبر للضرر، أكـد الحاجـة لوجود ضابطٍ فضفاضٍ واسع، يوائم بين ضرورة جبر الأضرار وعدم قدرة المسئولية التقصيرية على التخاص من ارتباطها بالمسئولية الجزائية. فكان الخطأ يمثل المخرج الملبي لتلك الحاجات، والمتناغم مع الفكر الأخلاقي السائد في تلك الفترة الزمنية، ولقد تبنّاه القانون الفرنسي كأسـاسٍ للمسئولية التقصيرية في مدونة نابليون[3]، فوفقاً للمادة /1983 والمادة 1382من القانون المدني الفرنسي فإن كل فعلٍ يتصف بالخطأ وسبب ضرراً للغير تنشأ عنه المسئولية، وبـأن الـشخص يسأل عن إهماله وعدم تبصره.

قامت بذلك النظرية الشخصية، ولقد استقرت هذه النظرية في العديد من القوانين التـي ورثت أحكامها عن القانون الفرنسي والنظام اللاتيني بشكلٍ عام، ومن هـذه القـوانين القـانون المدني المصري و كل من القوانين المدنية السوري والليبي والجزائري وغيرها مـن القـوانين العربية[4].

إن أهم ما تميزت به هذه المرحلة وكان السبب المباشر في ظهور النظرية الشخـصية، الفصل بين المسئوليتين المدنية والجنائية، ولقد كان منطلق الفصل بينهما هـو، محاولـة إيجـاد

---

(1) السنهوري،عبد الرازق: المرجع السابق. ص1049.

(2) دسوقي، محمد إبراهيم: **تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**. دون ط. الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية.دون سـنة نشر. ص54.

(3) منصور، أمجد: المرجع السابق. ص253.

(4) **المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني**. السلطة الوطنية الفلسطينية. ديوان الفتوى والتشريع. 2003. ص252.وراجع م/163 من القانون المدني المصري

اتساع في المسئولية بعد التضييق الذي أدى إليه ظهور مبدأ المشروعية، فظهر الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية والإصلاح وجبر الضرر غايةً وهدفاً لها.

ولكن المنطق يقتضي، أن تكون الوسيلة تقود للغاية وأن تكون للغاية وسيلةً تحققها، فعندما تكون وظيفة وغاية وجود المسئولية التقصيرية، هي الإصلاح وجبر الضرر، فإن الوسيلة، يجب أن تقود إلى هذه الغاية، فهل تكون وسيلة جبر الضرر، هي تأسيس المسئولية على الفعل الخاطئ؟ وهل يمكن تصور وجود علاقة غائية بين الخطأ كسبب للمسئولية وجبر الضرر كغاية لها.؟ وهل يصح أن تكون غاية المسئولية خارجة عن الزجر واللوم؟ وهل يصح أن تقوم المسئولية دون فعلٍ منحرفٍ تتأسس عليه؟! ما أُريد أن أوصله في هذا المقام أن المسئولية المدنية كانت تعبر عن حالة توسع في المسئولية الجزائية، التي ضيق عليها من خلال مبدأ المشروعية. ولم تكن الوسيلة الأمثل للوصول للغاية، وأن غايتها المفترضة لم تكن إلا لعلاج انعدام التلاؤم بين المنهج والغاية وما نتج عنه.

الفرع الثالث: الاتجاه نحو المسئولية الموضوعية

النظرية الشخصية كانت تحمل بذاتها أسباب أُفولها ذلك، أنّها في معالجتها للمسئولية التقصيرية وأساسها، إنما تعاملت مع وضع يشوبه الخلل في ذاته، وأقصد ما يتعلق بانفصال المسئوليتين، وهذا الخلل تتابع في الفكرة الأساسية للنظرية الشخصية وهي الخطأ. فالخطأ ابتداء كوصفٍ متعلقٍ بالفعل وماهيته وصفٌ واسع وفضفاض[1]، وأوسع من أن يتشكل به ضابطٌ لأمرٍ قانوني، فهو يشكّل أساساً قانونياً، وأي أساسٍ قانوني، يُفترض به من الوضوح والتحديد ما يجعله صالحاً ليكون كذلك، فالخطأ رغم محاولات ضبطه ظل يفتقر إلى البناء الذي يوضح دون لبس عناصره وأركانه - وهو ما ستتم دراسته على نحو تفصيلي في الفصلين الأخيرين. فلو عرضنا لمراحل تطور الخطأ وكيفية تطبيق فكرته ضمن النصوص القانونية، لتبين ذلك بصورة أكيدة. فلقد ظهر الخطأ ابتداء مراعاة للجانب الديني والأخلاقي في المجتمع، ومع وصول الحرية الفردية أوجها وجانبها المتطرف في أعقاب الثورة الفرنسية[2]، حيث مال المجتمع نحو النزعة

---

[1] راجع ص18 من الرسالة.

[2] دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص228

الفردية، فالفرد حر في تصرفه وسلوكه، حتى لو أدى إلى الإضرار بغيره،ولما في ذلـك مـن مخالفة للنظام الأخلاقي، كان لا بد من فكرةٍ أخلاقية تقوم على ضبط هذه الحرية وتهذيبها، وهي فكرة الخطأ وعلى الرغم من ذلك لم تستطع تحقيق العدالة لتركيزها على إنصاف الفاعـل دون الاهتمام بالمضرور، ولقد تمت محاولة تجنب ذلك النقص في التطبيق العملي.

ظهرت الكثير من المستجدات العملية في النظام الاجتماعي، والتي أثّـرت بالـضرورة على النظرية الشخصية، فبعد الثورة الصناعية وما تبعها من تطورٍ صناعي أدى إلـى ظهـور الآلات الميكانيكية الدقيقة، بدأت الفكرة الأخلاقية تضعف في هذا المجتمع المادي، فأصبحت كل خسارةٍ ماديةٍ بحاجةٍ للتعويض، كما أن كثرة الأضرار الناجمة عن التعامل مع الآلات، وصعوبة إثبات الخطأ وتحديد شخص المسئول أدى إلى إلحاق الأذى في عدالة النظرية الشخصية، حيـث أصبح المضرور في معظم الحالات لا يعوض عن الضرر الذي لحق بـه، فظهـرت نظريـة المخاطر[1]، فكل من تسبب في الوضع الخطر، يجب عليه تعويض المتضرر، وكل صاحب آلة يجني الأرباح يتحمل الأضرار،التي قد تلحق بالغير نتيجة لهذه الآلة، على أساس قاعدة الغـرم بالغنم[2]، ولكن، ليس بالضرورة أن يغنم المتسبب بالضرر. ولقد نادى بعض الفقهاء المـصريين صراحةً بتبني نظرية تحمل التبعة[3]، إلا أن القضاء المصري رفضها بصورةٍ مطلقةٍ[4].

وفي نهاية المطاف تبنى المشرع المصري والفرنـسي نظريـة التبعـة علـى سـبيل الخصوص في بعض القوانين استثناء للقاعدة العامة في المسئولية[5]، ومن الأفكار البديلة التـي ظهرت أيضاً الرأي الذي نادى بالسببية بين الفعل والضرر أساسـاً كافيـاً للمـسئولية، وهـذا الاستغناء عن الخطأ يدلل على الاتجاه نحو الموضوعية المجردة من تأثير شخص الفاعل علـى

---

(1) العوجي، مصطفى: المرجع السابق. ص241.

(2) العطار، عبد الناصر: المرجع السابق. ص251.

(3) راجع السنهوري: المرجع السابق. هامش ص 1074 وراجع الصدة: المرجع السابق. هامش ص537

(4) راجع السنهوري: المرجع السابق. هامش ص1074 إذ يشرح النقض المدني الصادر بتاريخ 15/نوفمبر1954 ومن نصه "إذن الحكم الذي يرتب مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث لعامل على نظرية مسئولية مخاطر الملك التي لا تقـصير فيهـا والمسئولية الشيئية يكون قد انشأ نوعاً من المسئولية لم يقره الشارع ولم يرده يكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه".

(5) أنظر قانون رقم /130 لسنة 1948 بشان تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية، وأنظر تشريع العمال في القانون الفرنـسي والصادر بتاريخ 1898.

قيامها. ولقد اعتمدت هذه الفكرة في بعض القوانين الحديثة كالقانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري الذي أقامها على الفعل الضار[1]. ومن أهم النظريات التي ظهرت أيضاً، نظرية الضمان والسلامة من الأضرار، باعتبار عدم الإضرار بالغير التزاماً بتحقيق نتيجة، فمتى أُخلّ بهذا الالتزام، قامت المسئولية وأول ظهور لها في الفقه الغربي كان عام 1948، وكان الفقيه ستارك أول من نادى بها[2]. وسأدرس مفهومها في الفقه الإسلامي بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

لقد كانت محاولات عديدة للفقهاء المؤيدين للنظرية الشخصية لتجاوز الكثير من الانتقادات والنواقص التي عانت منها النظرية، وتكاثفت مع التقدم الصناعي وظهور شركات التامين[3]، ومن هذه المحاولات، القول بوجود الخطأ المفترض الذي لا يحتاج إلى إثبات في مسئولية الأشياء ومسئولية المتبوع عن أعمال التابع[4]، ومن أهم هذه المحاولات أيضاً التوجه نحو الموضوعية والتجرد في النظرية الشخصية، حيث ظهر الخطأ الموضوعي أو الخطأ القانوني إذ يقوم الخطأ بمجرد الانحراف بتجرد عن المؤثرات الشخصية للفاعل، ومن أهم هذه المؤثرات، تمييز الفاعل. وذلك من أجل مساءلة عديم التمييز[5]، رغم ما يترتب على ذلك من تناقض مع جوهر النظرية.

لكن مما يجدر ذكره أن الخطأ بقي قائماً كأساسٍ للمسئولية التقصيرية بشكله التقليدي الخطأ الشخصي أو الأخلاقي أو بشكله الحديث الخطأ الموضوعي، حتى أنّه بقي ولو بمجرد الافتراض، حتى أن البعض في محاولات التشبث بالخطأ، رأوا بأنّه يقوم بمجرد تحقق الضرر عن الفعل، فكل فعلٍ ينتج عنه الضرر يتشكل به الخطأ[6]، وذلك حتى يسهل إثباته وليتناسق

---

[1] سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني. دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. ط/1.** عمان: منشورات الجامعة الأردنية. 1987. ص352.

[2] العوجي، مصطفى: المرجع السابق. ص241.

[3] العوجي، مصطفى: المرجع السابق. ص233.

[4] منصور،أمجد: المرجع السابق. ص255.

[5] عبد ا ،فتحي عبد الرحيم: **دراسات في المسئولية التقصيرية (نحو مسئولية موضوعية)**.دون ط. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2005. ص 56.

[6] العطار، عبد الناصر: المرجع السابق. ص251

كأساسٍ للمسئولية مع أثر هذه المسئولية، لكن هذا التوجه يفتقر إلى المنطق المجرد كمـا يفتقـر للمنطق القانوني، فالخطأ حسب تعريفه اللغوي وصفاً متعلق بماهية وطبيعة الفعـل، واعتبـاره قائماً بتحقق الضرر عن هذا الفعل، فيه مغالطة فالضرر وإن كان وصف للفعل فهو منفصلٌ عن ماهية الفعل ومتعلق بنتيجته، فكان الأجدر بهم، التخلي عن وصـف الخطـأ والاكتفـاء بـركن الضرر في المسئولية حتى تقوم به. لأن النتيجة من هذا الطرح متماثلة مع اعتبـار المـسئولية متحققة بتحقق الضرر، واعتبار الخطأ متحقق أيضاً بتحقق الضرر.

المبحث الثاني

القواعد العامة للمسئولية في الفقه الإسلامي ومفهوم الضمان

يحتوي هذا المبحث على دراسةٍ تفصيليةٍ لمفهوم وماهية الضمان، مبتدئةً ببيان موضعه والحيز الذي يأخذه ضمن قواعد المسئولية في الفقه الإسلامي، وذلك ضمن إطارٍ سأبحث فيه التطور التاريخي لقواعد المسئولية ما قبل الإسلام وما بعده، محاولةً التوصل إلى ترجيح منطقي بين مفهوم كلٍ من المسئولية والضمان.

المطلب الأول: موضع الضمان ضمن قواعد المسئولية في الفقه الإسلامي

أبحث في هذا المطلب بمقدمة لابد منها، أنواع الجرائم والجزاءات في الفقه الإسلامي وموضع الضمان بينها، من خلال طرحٍ جزئي لمراحل تطور المسئولية السابق للعهد الإسلامي، مستتبعة المطلب الثاني بالتركيز على ماهية ومفهوم الضمان.

الفرع الأول: المسئولية في الجاهلية (قبل الإسلام)

اتخذ المجتمع الجاهلي شكل القبائل، إذ لم تكن كل قبيلة تشكّل مجتمعاً قائماً بذاته، ولقد مر المجتمع القبلي العربي بذات المرحلة التي مرت بها كافة المجتمعات البشرية في الأطوار الأولى لتطورها، وهي مرحلة ضعف وانعدام السلطة المركزية، وقوة النزعة الجماعية، التي أخذت في هذا المجتمع شكل النزعة القبلية، فكانت المسئولية جماعية، وفي الأعم الأغلب لم تكن تظهر المسئولية إلا مع مجتمع القبيلة الأخرى، لأنّه من النادر أن يقع اعتداء على أحد أفراد القبيلة من أحد الأفراد في القبيلة ذاتها، وإن حصل ووقع استثناء، فإنّه يكون اعتداء غير عمدي، وغالباً ما يتغاضى عنه المضرور[1]، وعند المساءلة، قبيلة الفاعل أو المعتدي كلها تكون محلاً للمساءلة، التي تأخذ شكل الثأر الجماعي، والسائل الذي يثأر ليس المضرور وحده بل قبيلته كلها، مما أنتج حالة من الفوضى العارمة سادت غالبية القبائل التي شكّلت المجتمع العربي[2]،

---

[1] الفاكهاني وآخرون: المرجع السابق. ص1225

[2] الفاكهاني وآخرون:المرجع السابق.ص1226 وص1227

وكانت هذه الحالة الفوضوية تمتد لسنواتٍ طويلةٍ، مما زاد من قلة جدوى مثل هذه الأشكال من المساءلة، التي بدأت بالانحسار لصالح شكلٍ آخر، وهو الدية، وأول ما ظهرت الدية لم تأخذ الصفة الإجبارية، بل كانت اختيارية حتى مجيء الإسلام وتطور مفهومها وجعلها إجبارية[1]، حيث قويت السلطة المركزية، وظهر العديد من أشكال الجزاء والأنواع المختلفة من الجرائم.

الفرع الثاني: المسئولية في الفقه الإسلامي

المسئولية في الفقه الإسلامي، تأخذ ذات المعنى اللغوي لها، وما يتضمنه من معنى المؤاخذة، فهي تنشأ في حال فعلٍ لم يجرِ مع مقتضيات الشريعة[2]، وتأخذ أحد نوعين يقابل الأنواع في الفقه القانوني، فقد تكون دينية لا عقوبة دنيوية فيها، باستثناء استهجان المجتمع وتأنيب الضمير، حيث عقوبتها الأساسية في الآخرة، أو أن تكون قضائية – وهي تقابل المسئولية القانونية – وأهم ما يميزها أن الجزاء المترتب عليها يكون جزاء دنيوياً ظاهراً[3].

ويمكن أن تقسم إلى مسؤولية مدنية ومسئولية جنائية، وأساس التقسيم هو، الحق الذي تم انتهاكه بهذا الفعل، فإن وقع الانتهاك على حق ا ، تشكّل بهذا الفعل جريمة عامة[4]، تستوجب مسئولية تقابل المسئولية الجنائية، وموضع التشابه أن حق ا هو ما تعلق به النفع العام دون اختصاصٍ بأحد[5]، كما هو حال حق المجتمع في المسئولية الجنائية في القانون، وعليه فحق ا لا يجوز التنازل عنه،أو التصالح عليه، أو الإعفاء منه[6]. أما إن وقع الانتهاك على حق العبد، أو على مصلحةٍ خاصةٍ بالمفهوم القانوني، فإن الجريمة المتشكّلة هي جريمة خاصة، تستوجب المسئولية المدنية، ولكن حقوق العباد يختلط بها في معظم الأحيان حق ا ، لذلك فإن النتيجة الدقيقة للجرائم الخاصة، ليست المسئولية المدنية بالمفهوم القانوني وحدها، ولكن قد تختلط بها المسئولية الجنائية، وذلك نتيجة اختلاط الغاية من المسئولية في مثل هذه الجرائم، إذ في الجزاء

---

(1) الفاكهاني وآخرون: المرجع السابق. ص1228.

(2) المحاقري، إسماعيل محمد علي: المرجع السابق.ص23.

(3) المحاقري: المرجع السابق. ص23.

(4) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص56.

(5) السنهوري، عبد الرازق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**. ج1. دون ط. دون ناشر. دون بلد نشر. 1967. ص74.

(6) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص57.

المترتب عليها نجد معنى العقوبة والتعويض[1]. وتختلط فيها غاية الردع مع غاية الإصلاح والجبر، وسيتركّز البحث في هذه الجرائم الخاصة والجزاءات المترتبة عليها، لأنّها تتضمن في جزءٍ منها أحكام الضمان.

المصلحة الخاصة لها محلين لا ثالث لهما هما الجسم والمال، لذلك نستطيع القول بوجود قسمين للجرائم الخاصة هما جرائم تقع على الأموال وجرائم تقع على النفس[2]، وتترتب على هذه الجرائم جزاءات مختلفة في شكلها وغايتها، ولقد تقررت لها جزاءاتٍ على سبيل الحصر في شكلها وكيفية تطبيقها، بعضها مالي لا يحمل معنى العقوبة ويهدف إلى التعويض مثل الدية والأرش وحكومة العدل، وبعضها يحمل معنى العقوبة مثل القصاص والتعزير[3]، وهي تطبق على النحو التالي:

أولاً: الاعتداء الذي يقع على النفس أو الجسم وجزاؤه عدا التعزير والقصاص ومن الجزاءات المالية ما يلي:

1- الدية وتجب في القتل غير العمد.

2- الأرش وتجب بنسبة الإصابة.

3- حكومة العدل وهي تكون على الجناية في ما لا يمكن فيه المماثلة في القصاص[4].

ولكن، السؤال الذي يطرح حول هذه الجزاءات المالية، هل تحمل معنى العقوبة أم تحمل معنى التعويض؟ حقيقةً، هو سؤال تجدر الإجابة عليه، ولكنّه ليس من أساسيات الدراسة في هذا المبحث، كما أنّه يتطلب الدراسة التفصيلية الدقيقة التي ليس محلها هنا، باعتبار المبحث يقدم للضمان وموقعه بين قواعد المسئولية في الفقه الإسلامي.

---

[1] الفاكهاني وآخرون: المرجع السابق. ص1229.
[2] الفاكهاني و آخرون: المرجع السابق. ص1230.
[3] الفاكهاني وآخرون: المرجع السابق. ص1229
[4] دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص60

ثانياً: الاعتداء الذي يقع على المال، ويأخذ هذا الاعتداء أحد الأشكال التالية:

1. الاستيلاء القهري على مال الغير (الغصب) واختلاف الفقهاء فيما يمكن أن يقع عليه الغصب فالبعض توسع في محله، حتى جعله يشمل المنقول والعقار والمنافع، بينما ضيقه البعض الآخر بصورةٍ متطرفةٍ، فجعلوا المنقول دون غيره محلاً له، وهناك من توسط بين هذا وذاك وجعله في المنقول والعقار فقط دون المنافع[1].
2. الإكراه وهو حمل الغير على ما لا يرضاه، وقطع الطريق والسرقة.
3. الإتلاف ويقصد به "إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به المنفعة المطلوبة عادةً[2]".

والإتلاف كما أنّه يقع على المال، فهو قد يقع على النفس أو على عضوٍ من النفس أو يفوتُ به جمالاً، وقد يقع كنتيجةٍ مباشرةٍ للفعل[3]، كما يمكن أن يقع تسبباً وذلك يكون بعملٍ يقع على شيءٍ فيفضي إلى تلف شيءٍ آخر[4]. وسيتم تفصيل البحث في موضوع المباشرة والتسبب في الفصل الثالث من الرسالة.

ولكن أين الضمان في كل هذه الأحكام؟

الجرائم التي تقع على المال والتي سبق ذكرها، تستوجب وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بالضرورة ما يقابل فكرة التعويض في القانون وهو الضمان.– على الرغم من أن الضمان ليس الجزاء الوحيد المترتب على بعضها، مثل السرقة ولست بصدد تعدادها -.إذن الضمان يشكّل جزاء مالياً يخلو من معنى العقوبة، إذ ُيقاس بمعيارٍ موضوعي بحت ويتعادل في قيمته مع الضرر المراد جبره، و يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالاً متقوماً بذاته فلا ضمان عن الخسارة التي يحتملها الدائن أو الربح الذي فاته، إلا إذا كان ما ضاع منه مالاً بذاته فيأخذ من المدين قيمته أو مثله[5].

---

(1) الفاكهاني وآخرون: المرجع السابق. ص1230.

(2) العطار، عبد الناصر:المرجع السابق. ص321.

(3) راجع المادة 887 من مجلة الأحكام العدلية.

(4) السنهوري، عبد الرازق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**: مرجع سابق. ص56.

(5) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص71.

فهو - وأقصد الضمان - يترتب كجزاءٍ في الاعتداءات التي تقع على الأموال[1]، وهذا الأمر يضيق من نطاق تطبيقه، ويحصر الأضرار التي يمكن جبرها،استناداً لأحكام الضمان في الأضرار المالية بذاتها، و الأضرار التي تلحق بالنفس أو بأحد أعضائها تُعـوض مـن خـلال القواعد الخاصة بها فقط، والتي سبق ذكرها من دية وأرش وحكومة عدل.

ولكن أليس إتلاف النفس أو عضواً في النفس، أو تفويت الجمال[2]، منافع، ولا تعد مالاً متقوماً بذاته؟ برأيي لا يعتبر الضمان جزاء لاعتداء يقع على المال بالمفهوم الضيق للمال فقط، وليس جزاء بالمفهوم الضيق للجزاء، فالإتلاف مثلاً قد يكون جريمة تقع على المـال إن كـان التالف مالاً، وقد لا يكون جريمة مالية إن كان محل وقوعه هو النفس أو عضواً فيهـا. إذن،إن كان الإتلاف في المطلق يشكّل اعتداء على المال، فالنفس وأجزاؤها تعد مالاً، باعتبار أنّها مـن المحلات التي قد يقع عليها الإتلاف.؟ لا، لأن الضمان يكون على الحؤل بين الشخص والمنفعة التي تتحصل له من العضو أو النفس أو الجمال الذي ُأتلف، وهو (المنفعة) مـا يمكـن تقويمـه بالمال. إذن الأمر الأكثر توافقاً مع المنطق اعتبار الضمان جزاء _ وتجاوزا أعطيـه مـصطلح الجزاء _ مالياً يستحق عن الأضرار التي يمكن تقويمها بالمال.

المطلب الثاني: مفهوم الضمان

بعد البحث في التقسيمات والأحكام العامة لقواعد المسئولية في الفقه الإسلامي، والتسلسل فيها وصولاً لموضع الضمان ضمنها، والحيز الذي يشغله، لا بد من دراسـةٍ تحليليـةٍ لمفهـوم الضمان والمقصود منه لغةً واصطلاحاً، وبيان أثر هذا المعنى والمقـصود منـه فـي أحكامـه والقواعد المؤسسة له، باحثةً في القواعد الكلية التي يستند إليها.

---

(1) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص65.

(2) النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص70

الفرع الأول: الضمان لغةً

الضمان من الفعل َضمِن، ضمناً وضماناً، الشيء وبه: كفله، ومصدره الضمان، ويقصد به "التزام رد مثل الهالك إن كان مثلياً أو رد قيمته إن كان قيمياً[1]، إن التشابه إن لم نقل التطابق بين التعريف اللغوي والاصطلاحي للضمان، يسمح لي بدراستهما معاً،على الرغم مـن وجـود الكثير من التعريفات للمفهوم الاصطلاحي للضمان،إلا أنّه يوجد شبه إجمـاع علـى الأركـان المؤسسة لهذه التعريفات،وسأعمل على فرزها وتحليلها لبيـان كـل مـن العناصـر المتباينـة والمتشابهة في هذه التعريفات.

الفرع الثاني: الضمان اصطلاحاً

يستخدم الضمان بمفهومه الاصطلاحي على أحد معنيين هما:

الكفالة أو الالتزام، وأكثر ما يستعمل بمعنى التعويض عن الشيء في حال هلاكه[2]، ومن هـذه التعريفات، تعريف مجلة الأحكام العدلية إذ تعرفه بأنّه "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليـات وقيمته إن كان من القيميات"[3]، وأيضاً تعريفه بأنّه "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من عمـل أو مال"[4]. أو تعريفه بأنّه " شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه"[5].

ومن تعريفاته التي تأخذ في شكلها الخارجي الشكل القـانوني، والـذي بـدوره يهـدف لتوضيح العلاقة بين المسئولية التقصيرية والضمان، تعريفه بأنّه " الالتزام بتعويض الغير عمـا لحق به من تلفٍ أو ضياعٍ للمنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"[6]، وتعريفه بأنّه" التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير"[7]، وبالرجوع إلـى مجمـوع التعريفـات السابقة وتحليلها يتبين ما يلي:

---

(1) مصطفى، إبراهيم وآخرون: **المعجم الوسيط. ج/2.** مرجع سابق. ص445

(2) المحاقري، إسماعيل محمد علي: المرجع السابق. ص250

(3) راجع مادة /416 من مجلة الأحكام العدلية

(4) الخفيف،علي: **الضمان في الفقه الإسلامي**.القسم 1. دون ط. القاهرة: معهد البحوث والدراسات العربية. 1971. ص7

(5) منصور، أمجد: المرجع السابق. ص 258.

(6) الزحيلي، وهبه: **نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة**. دون ط دمشق: دار الفكر. ص15

(7) الزرقاء، مصطفى أحمد: **الفعل الضار والضمان فيه.** ط1.دمشق: دار القلم. 1988. ص26

أولاً: جميعها تشترك في كونها تعبر عن التزام ما واستحقاقه في ذمة الضامن، مهما اختلفت طبيعة الالتزام وشكله، لكن الفرق يظهر بأي الالتزامات يعرف، فمثلاً تعريف مجلة الأحكام العدلية، يعرفه من خلال الالتزام الناشئ والمترتب عن مخالفة الالتزام المضمون، لكن تعريف الشيخ الخفيف، يعرفه بالالتزام المضمون أصلاً، وهو ما انشغلت به الذمة ابتداء وضمنته، وليس ما نشأ من التزام عن عدم تأدية الالتزام الذي انشغلت به الذمة، فمن عرفه بتعويض الهالك برد مثله، أو رد قيمته، أو كان دائماً برد القيمة – ومن يحاول موازاة فكرة الضمان بفكرة المسئولية التقصيرية، وذلك من خلال حصر الالتزام المترتب على مخالفة الالتزام المضمون بشكل التعويض النقدي -، يعرفه بأثره، إذن هذه التعريفات - ولو قسنا على تعريف المسئولية - تعرفه بالأثر والحكم المترتب عن مخالفة الالتزام المضمون، أما من يعرفه بما انشغلت به الذمة ابتداء، سواء توسع بعرض هذا الالتزام بإعطائه وصف الواجب، أو بتخصيصه بتعداد المال والعمل،إنّما "يعرفه بمحل الالتزام الذي يختلف نوعه باختلاف محله، فقد يكون محله مال، فالوديع مثلاً ضامن لهلاك الوديعة بتعدٍ أو بتقصيرٍ منه، وقد يكون عمل، فالمقاول ضامن لانتهاء العمل خلال المدة المعينة، وإلا التزم بالتعويض، وقد يكون ضمان نفس"[(1)].

ثانياً: جميعها تُعرف بالأثر المترتب على الالتزام، ولا تُعرف بسبب أو أساس قيام هذا الالتزام، إذ ومع فرق القياس مع المسئولية، فهو يهمل سبب المساءلة، لأنّه برأيي لا توجد مساءلة بالمعنى الدقيق للمساءلة، حيث المسئولية تعبر عن شكل للمؤاخذة واللوم يظهر من خلال الحكم أو الأثر المترتب عنها، لكن الضمان بهذا المعنى خالٍ من المؤاخذة واللوم والجزاء، فهو لا يترتب كأثرٍ لفعلٍ محظورٍ، أو ملامٍ عليه بذاته، بقدر ما يقوم من أجل إزالة آثار الفعل دون التطرق للفعل بذاته، وهو بذلك يتأسس على الضرر، وذلك ما لم يعالج في التعريفات المتعددة للضمان. وبرأيي إن تعريفه بالكفالة، لا يبتعد عن المفهوم الاصطلاحي للضمان وأقصد الكفالة بمعناها اللغوي حيث جاءت في المعجم" يكفل بمعنى يضمن"[(2)].

ثالثاً:- جميع التعريفات تعبر عن غاية واحدة للضمان، وهي إزالة الأثر الضار الذي تسبب به الفعل،الذي لا يجيزه الشرع.

---

(1) الأحمد، محمد سليمان: **المدخل لدراسة الضمان**. ط1.عمان: دار مكتبة الحامد. 2000. ص10

(2) مصطفى، إبراهيم وآخرون: **المعجم الوسيط. ج/2.** مرجع سابق. ص400

الفرع الثالث: موضع الضمان من الجزاءات في أحكام الشريعة الإسلامية

الضمان من الجزاءات الجوابر لا من الجزاءات الزواجر[1]، ويترتب على ذلك العديد من النتائج أهمها:

1 – الأساس الذي يقوم عليه لا يفترض فيه عدم المشروعية في أصله وطبيعته، فلا إثم على الجابر.

2- وعلى ما سبق ينبني الاعتبار أن الضمان خطاب وضعٍ لا خطاب تكليفٍ[2]، فكون الجابر ليس آثماً، فهو ليس مخاطباً بخطابٍ تكليفي، لأن المكلف شرعاً عند مخالفته لما كُلف به يكون آثماً شرعاً، فالتزامه بالضمان لا يعدو أن يكون من الالتزامات التي تخاطب ذمته المالية[3]، فلا تخاطب شخصه مباشرة، وهذا من أهم الفروق بين خطاب الوضع وخطاب التكليف، فالخطاب التكليفي خطاب مباشر لذات المخاطب المكلف، بينما خطاب الوضع خطاب غير مباشرٍ لشخص المخاطب، فهو شيء وضعه الله في شرائعه وجعله دليلاً لشيءٍ، أو سبباً لشيءٍ، أو شرطاً لشيءٍ.

فكون الجابر ليس آثماً، وكون الضمان خطاب وضعٍ لا خطاب تكليفٍ، فهذه الحقائق ينبني عليها، أن الجابر والمخاطب بخطاب الوضع، لا يشترط فيه الأهلية اللازمة للتكليف، إذ لابد ابتداء أن يكون مكلفاً وأهلاً لما ُكلف به، حتى يمكن اعتباره آثماً ومسئولاً بالمفهوم القانوني، لكن، أليس الالتزام برد الهالك أو إزالة الضرر، أياً كان الأثر المترتب على وجود الشخص في موضع الضامن، هو التزام بالمعنى القانوني للالتزام ويجب فيه ما يجب في أي التزام؟ نعم ولكن البحث في طبيعة الالتزام تستتبع بالضرورة الإجابة على هذا التساؤل. وهو ما سأحاول الإجابة عنه في الفرع التالي.

---

[1] عبد الله، فتحي عبد الرحيم: المرجع السابق. ص30

[2] عبد الله، فتحي عبد الرحيم: المرجع السابق، ص30

[3] أحمد، محمد شريف: المرجع السابق. ص15

الفرع الرابع: طبيعة الالتزام الناشئ من الوجود في حالة الضمان

الضمان من الجوابر التي شُرعت لجاب ما فات من المصالح[1]، إذن الغاية من الضمان وحسب التعريفات المتعددة له، جبر الضرر وإزالته. وهو ما نتج من العصمة التي لحق ومـال الغير في الشرع الإسلامي، هذه الغاية لا جدال فيها ولكن ما هي الصور التي يمكن أن تتحقـق فيها، هل تتحقق بشكل التعويض فقط، وما الذي يقصد بالتعويض؟ أم أنّها تتحقق أيضاً من خلال القيام بعمل أو تأدية الواجب بمفهومه الواسع؟

التعويض "مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة، وما فاته من كسب كان نتيجةً طبيعيةً للفعل الضار، والتعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضر محواً أو تخفيضاً وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدماً"[2].

يجب التمييز بين محل الضمان، ويصح أن يكون عملاً أو مالاً، وبين الأثر المترتب في حال مخالفة الالتزام الذي افترضه الوجود في حالة الضمان. فالذمة قد تنشغل بتأديـة عمـلٍ أو تنشغل برد مالٍ، ولكن في حالة المخالفة للالتزام الذي شُغلت به الذمة، فإن الالتزام المتحقق لـه شكلٌ واحد فقط،هو التعويض المالي عن عدم القيام بالعمل أو عدم رد المال، فهو بالنتيجة التزام مالي في أساسه[3]، ولو قلنا بغير ذلك لعجزنا عن تفسير اعتباره من الجوابر،التي لا تشترط في الجابر الأهلية والتمييز، لأن إدخال العمل ضمن الآثار، يفتح المجال للبحث في أهلية الـضامن للقيام بهذا العمل، فالضمان من الالتزامات المتعلقة بالذمة المالية –وهذا جاء في جميع التعريفات تقريباً – وأساس الالتزام بالضمان لا يقتصر على الالتزام بعدم الإضـرار بـالغير، وإلا سـئل المكاف فقط، بل يتأسس على عصمة حق الغير وحرمته، إذن الالتزام والحقوق المقابلة، تقتصر على الالتزام المالي والحق المالي فقط، فهو حسب غايته واعتباره من الجوابر، واعتباره خطاب وضع لا خطاب تكليف. فلماذا يعرف بما انشغلت به الذمة ابتداء وهو محل الضمان، وقد يكون مالاً أو عملاً، كما أنّه لا يعبر عن هذه الخواص السابق ذكرها والمميزة للضمان. ويمكن إيجاز

---

[1] عبد ا ، فتحي عبد الرحيم: المرجع السابق. ص 31

[2] الأحمد، محمد سليمان: المرجع السابق.ص34

[3] الأحمد، محمد سليمان: المرجع السابق. ص10

فكرته (الضمان) ولا أقول تعريفه، بأنّه شغل الذمة بالتعويض عن عدم تنفيذ الضامن لما ضمنه من واجب محله العمل أو المال.

إن الأثر المترتب على المخالفة من أهم المواضيع في الرسالة، لأن هـذه الغايـة التـي تهدف للجبر وكيفية تحققها تشكل العامل الأكثر تأثيراً على أساس قيام الضمان. واستكمالاً لشرح وتحليل مفهوم الضمان، لا بد لي من إجراء مقارنة لمعنى الضمان والمسئولية ومدى ارتباطهما وتمايزهما ولو بصورة مقتضبة.

بعض الفقهاء يرى ترادف الاصطلاحين[1]، بينما يرى الدكتور الأحمد أن الضمان يتسع للمسئولية بنوعيها المدنية والجنائية، بل يرى فيه من الاتساع ليشمل ضمان النفس، كما ويـدخل في معناه العام التأمينات العينية والشخصية[2]، واعتبر الضمان مصطلح أعم وأشمل وأكثر دقـة من مصطلح المسئولية المدنية، وذلك لأن الضمان تنتفي بانتفائه المسئولية، بينما انتفاء المسئولية لا يترتب عليه انتفاء الضمان، حيث المسئولية جزء منه وهو يمثل الكل وبانهدامه ينهدم الجـزء وهو المسئولية[3]. ويرى الدكتور الزرقاء عكس ذلك، إذ يرى في المسئولية اصطلاحاً أكثر دقة وشمولاً من مصطلح الضمان، إذ أنّها تعبر عن جميع المقتضيات والآثار التي قد تنشأ عن الفعل من رد القيمة أو المثل أو الإزالة أو القيام بأي فعل يجبر الضرر بحسب الأحـوال[4]، الدراسـة والتحليل تبين صعوبة المقارنة بين المصطلحين وذلك للاختلاف والتباعـد المنهجـي النـسبي بينهما، ولكن إن كان بد من المقارنة، فالمسئولية كمصطلح وليس كنطاق للتطبيـق أوسـع فـي معناها، لأنّها تمثل حالة المساءلة عن أفعال وأمور أتاها الفاعل، فنتيجة الفعل قـد تكـون أحـد الأمور التي أتاها بالمعنى الواسع للأمور، ولكن في التطبيـق الـضمان، أوسـع فـي نطاقـه ومجاله،وذلك يرجع للأساس الذي يبنى عليه كل منهما، حيث الضمان فيما يؤسس عليـه مـن أركان أقل شروطاً مما تؤسس عليه المسئولية، إذ لا يشترط في الفعـل سـوى أن ينـتج عنـه

[1] راجع الزحيلي، وهبة:عنوان كتابه. **نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي.**

[2] الأحمد، محمد سليمان: لمرجع السابق. ص30.

[3] الأحمد،محمد سليمان: المرجع السابق. هامش ص 30.

[4] الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص62

الضرر،وهو شرط في المسئولية وإضافة لهذا الشرط - وتجاوزاً استعمل مـصطلح الـشرط- إذ،هو ركن وليس شرطاً، فالفعل الذي تقوم به المسئولية مركب من فعلٍ ووصفٍ يـدخل فـي ماهية الفعل وهو الخطأ، والمنطق يقتضي أنّه كلما زادت الشروط قلّت فرصة اجتماعهـا، فـأن يجتمع في الفعل وصف الضرر وحده _ والضمان لا يقوم على الفعل لأنه لا يحاسب عليه بـل يقوم على الضرر دون الالتزام بالفعل الضار المتحقق الوجود بالضرورة بتحقـق الـضرر _، يمكن تحققه أكثر من أن يجتمع فيه الضرر والخطأ معاً في آنٍ واحد، لذلك يتسع نطاق الضمان عن نطاق المسئولية، لكنّها (المسئولية) أوسع بشكل الأثر المترتب عليها، وأقـصد بالـضرورة قسمي المسئولية المدني والجنائي، وما ينتج عنه من تعدد الغاية والهدف، فالغاية لا تتوقف عنـد الإصلاح وجبر الضرر،بل تمتد إلى العقاب والزجر، لذلك فالضمان وإن كـان أضـيق، فممـا يترتب على ذلك أن يكون المصطلح أكثر دقة، فهو يعبر عن الحالة المقصودة بدقة، ويخرج مـا عاداها منها، كما أنّه اصطلاح متعلق بالذمة المالية في ظاهره وهو بهذا، يتوافق مع كون الأثر الوحيد المترتب عن المسئولية المدنية،هو جبر الضرر المالي والنقدي، بينما مصطلح المسئولية يوحي بمعنى المحاسبة والمجازاة بهدف العقوبة عن هذا الفعل، وهذا أيضاً ممـا يتنـاقض مـع الغاية المفترضة للمسئولية المدنية.

الفرع الخامس: أسانيد مشروعية الضمان

وُجدت الكثير من الأسانيد، التي تدعم شرعية الضمان في القرآن الكريم والسنّة المشرفة والسند من القرآن الكريم قوله تعالى "**وجزاء سيئة بسيئة مثلها**"[1]، والسند من السنّة المـشرفة قوله صلى الله عليه وسلم "**لا ضرر ولا ضرار**"[2].

ورد هذا الحديث الشريف على شكل نص في مجلة الأحكام العدلية، ولقدُ وجد الـشرح الوافي والمفصل له. حيث نصت م/19 من المجلة أنّه "لا ضرر ولا ضرار" وفي شرح الدكتور علي حيدر لها يقسمها إلى قسمين هما:

---

[1] سورة الشورى آية رقم /20

[2] مالك بن أنس: **الموطأ**. مراجعة وإشراف نخبة من العلماء. ط2. بيروت والمغرب: دار الجليل ودار الأفـق الجديـدة. 1993. ص651

القسم الأول: لا ضرر ويقصد به، أنّه ابتداء لا يجوز إلحاق الضرر بالغير، ولا يعني ذلك عـدم وجود الضرر، فهو لا بد موجود. ويرى هذه القاعدة من القواعد العامة المخصوصة فالأصـل والعموم يقتضي، عدم جواز إلحاق الضرر بالغير، فهو أمر منهي عنه في كل شرعٍ سماوي أو حتى تشريع أرضي، ولكن ذلك وإن كان عاماً، فهو ليس مطلقاً، حيث أنّه ليس كل ضررٍ غيـر جائزٍ مثل، التعازير الشرعية، أو حتى الأفعال العادية للأفراد فمثلاً الدخان المنتشر من مطـبخ دار شخص إلى دار جاره الفقير يضر بهذا الجار، لِما يسببه ذلك من اشتهاء أمرٍ ليس بمقـدوره الحصول عليه، أو من يستظل بظل شجرة ويقوم مالكها بقطعها مما يترتب عليه ضرر للمستظل بهذه الشجرة من قطعها، فالمالك يستعمل حقه،ولم يتجاوز حدود هـذا الحـق أو يتعـسف فـي استعماله[1].

القسم الثاني: ولا ضرار، ويقصد به أن من وقع عليه ضرر من أفعال الآخرين، فلا يجوز له أن يرد الضرر بالضرر، فإن أتلف الغير ملكه فهذا الإتلاف، لا يجيز له أن يتلف ملك الذي أتلـف ملكه[2].

المادة / 20 من المجلة " الضرر يزال " يقصد بها أن الضرر إن وقع، والواجب عـدم إيقاعه، يستوجب إزالته،باعتبار ذلك ظلم وإقرار الظالم على ظلمه حرام شـرعاً، ومـن أوجـه إزالته المقررة في الشريعة، ضمان المتلِف لما أتلف، والإجبار على قسمة الأموال المـشتركة، وكذلك من خيار العيب والشرط والرؤيا وباقي الخيارات[3].

يتبين الاختلاف الجذري في طبيعة ومفهوم كل مـن المـسئولية والـضمان، فالمـسئولية بطبيعتها تهدف للمؤاخذة واللوم على فعلٍ منحرفٍ _ بغض النظر عن الوصف الدقيق لهذا الفعل هل هو جرم، خطأٌ، أو حتى فعلٌ ضار _ ويظهر توافق غايتها مع أساسها، وعليه هل يصح أن نجعل المسئولية التقصيرية استثناء بجعل غايتها وهدفها الجبر والتعويض؟! الجواب برأيـي لا،

---

[1] حيدر،علي: **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**. تعريب فهمي الحـسيني. م/1. ط/1. بيـروت: دار البـديل.1990. ص36

[2] حيدر،علي: المرجع السابق. ص37

[3] حيدر،علي:المرجع السابق. ص37

لأن في ذلك خروج عن طبيعة المسئولية، فهي لم تعد مسئولية تكون أي شيء غير المـسئولية، وسأؤكد ذلك من خلال شرحٍ مفصلٍ للخطأ الركن المؤسس للمسئولية التقصيرية. أما الـضمان فطبيعته وأساسه يوحي للاعتقاد بأنه ُوجد في كله من أجل أن يصل لغاية جبر الضرر، وتحقيق عصمة وحرمة حق الغير. وعلى ذلك تترتب أحكام عدة في أسس وأركان كل منهما تدفع لبحث، من منهما الأكثر توافقاً مع غايته؟

الفصل الثاني

مفهوم الخطأ

المبحث الأول: تعريف الخطأ وشكل الفعل المتعلق به.

المطلب الأول: تعريف الخطأ.

المطلب الثاني: شكل الفعل الذي يتعلق به الخطأ.

المبحث الثاني: أنواع الخطأ وأوصافه.

المطلب الأول: أنواع الخطأ، وفيه: بحث للخطأ المدني والجنائي، وللخطأ الموضوعي والأخلاقي.

المطلب الثاني: أوصاف الخطأ، وفيه: بحث في الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، ودرجات جسامة الخطأ.

الفصل الثاني

مفهوم الخطأ

محل الدراسة في الرسالة (صلاحية الخطأ كركنٍ مؤسسٍ للمسئولية التقصيرية)، يجعل من دراسة الخطأ وكل ما ارتبط به، من مفهومه وتعريفه وشكل الفعل الذي يصح تعلق الخطأ به، وأوصافه وأنواعه، مركزاً للدراسة، تدور حوله باقي المواضيع، التي قد تُعرض في الرسالة، ولا وجود لها إلا لتعلّقها بهذا المركز، أو بتفصيلها لأحد جوانبه، لذلك سيتضمن هذا الفصل تحليلاً منهجياً تفصيلياً للخطأ كركنٍ للمسئولية التقصيرية، ابتداء من تعريفه وانتهاء بأوصافه وأنواعه، وأثر ذلك في اعتباره ركناً مؤسساً للمسئولية التقصيرية من الجانبين النظري والتطبيقي.

المبحث الأول

تعريف الخطأ وشكل الفعل المتعلق به

سأقسم هذا المبحث لمطلبين، حيث سأدرس في المطلب الأول تعريف الخطأ وفي المطلب الثاني شكل الفعل الذي يتعلق به الخطأ، وذلك ضمن الإطار الذي يتجه للتحليل النظري للجزئيات محل الدراسة، وكيفية التعامل الواقعي في التطبيق العملي معها، بهدف التوصل لصحة النتيجة التي قد يصل إليها هذا التفاعل بين فكرة الخطأ وفكرة المسئولية، وهل ستشكلان معاً،نسقاً يتفق والمنطق القانوني والحاجة العملية التي يفرضها الواقع.

المطلب الأول: تعريف الخطأ

أسلفت في الفصل الأول، كيف ظهرت فكرة الخطأ، كفكرةٍ أخلاقيةٍ استجابةً للتأثيرات الدينية التي أفرزتها الكنيسة في المجتمعات الغربية، وكيف تظافرت هذه الأفكار الأخلاقية مع محاولة التعامل مع إفرازات استقرار مبدأ الشرعية، ورغم استقرار الخطأ في الفكر والتطبيق القانوني، كان لا بد لهذه الفكرة من التحول من مجرد فكرةٍ أخلاقيةٍ واسعةٍ إلى أساسٍ قانوني،

يفترض فيه من الوضوح والدقة ما يتناسب مع هذه المهمة الجديدة له، لذلك وجدت الكثير من المحاولات لتعريف الخطأ من أجل ضبط وجوده من عدمه.

يقصد بالخطأ في جانبه اللغوي، الميل والانحراف عن الصواب، حيث يقال أخطأ ضد أصاب[1]، فعلينا تحديد الصواب لنتمكّن من تحديد الخطأ. وهو بذلك يعبر بمعناه اللغوي عن مفهومٍ معنوي ولا يمثل اصطلاحاً لأمرٍ مادي، بل يتسع لاحتمالاتٍ عديدة في تحديده، وللأفعال التي تندرج تحته.

ابتداء تجدر الملاحظة، أن القانون تجنّب القيام بتعريف الخطأ[2]، لذلك كان المجال واسعاً للفقه للاجتهاد في هذه المسألة، وفعلاً وجدت الكثير من التعريفات المتباينة، وهذا التباين يشكّل نتيجةً طبيعيةً، لاختلاف المنطلق الفكري والتأسيسي لكل من حاول أن يعرف الخطأ، خاصةً وأن استعماله الواسع للتعبير عن أعمال لا حصر لها[3]، يساعد على الاختلاف في فهمه، ومن أهم هذه التعريفات تعريفه بأنّه " اعتداء على حقٍ يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء"[4]، وبرأيي فإن هذا التعريف لا يمكن أن يشكّل أكثر من تعريفٍ نظري، يصعب إعطائه شكلا عملياً، مثلاً لا حصراً، ما المقصود بالاعتداء؟! وما هو الحق!؟ ومتى يمكن القول بوجود اعتداءٍ على هذا الحق؟ ورغم إمكانية القول باحتواء هذا التعريف على جانبين، الجانب الموضوعي ويظهر في القسم الأول من التعريف، والمتعلّق بالتعدي على إطلاقه دون الارتباط بشخص الفاعل مرتكب الخطأ، والجانب الذاتي المتمثل بشرط الإدراك، وهو ما تعلّق بشخص الفاعل[5]، لكن، هذا الاستنتاج والإفراز للعناصر الأساسية للتعريف، لم يكن كافياً للإجابة عن الأسئلة التي

---

[1] عياد، مصطفى عبد الحميد: **المصادر اللاإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي**. دون ط. بنغازي: منشورات جامعة قار يونس.1990. ص57.

[2] فوده، عبد الحكيم: **الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية**.ج1. دون ط. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي 1998، ص 835 باستثناءات، منها تعريف القانون التونسي للخطأ في م/83 خطأ بأنه "ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه ".

[3] تناغو: **المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام**. مرجع سابق. ص226.

[4] تعريف ديموج وراجع في ذلك. السنهوري: **الوسيط**. ج1 مرجع سابق. ط/ 1987. ص1081.وراجع H , Vivienne:مرجع سابق. ص332.

[5] السنهوري: الوسيط. المرجع السابق. ط1987. ص1081.

طُرحت سابقاً. ومن تعريفاته أيضاً تعريفه بأنّه " الفعل غير المشروع الذي لا يبيحه القانون"[1]، وهذا التعريف يفتقد إلى المقومات، التي تجعل منه قابلاً لاتخاذ الجانب التطبيقي. فكيف يتم استناداً إليه تحديد العمل المشروع؟! وما هو معيار المشروعية؟! كما يُعرف بأنّه "العمل الضار غير المشروع أو الفعل الضار بالغير دون وجه حق"[2]، وعليه،هل يقصد بهذا التعريف أن الفعل الذي يأتيه الفاعل دون وجه حق، ولم يتسبب بالضرر للغير لا يمكن تسميته خطأ؟ ولماذا يستغرق الضرر الخطأ وهو ركن مستقلٌ في المسئولية؟ وما دلالة ذلك في أهمية الضرر وضرورة أو عدم ضرورة أو حتى صحة هيكلة المسئولية وبنائها على الخطأ؟ ثم إن الخطأ كوصفٍ متعلقٍ بالفعل، هو وصفٌ مرتبطٌ بذاتية وماهية الفعل لا بنتيجته الضارة.

أجد هذا التعريف إفراز وإنتاج طبيعي لأهمية الضرر في المسئولية التقصيرية أو بالأصح في غايتها المفترضة قانوناً، ولكن هذه الضرورة المفترضة لا تسمح بتأسيس المسئولية على الضرر لأن المسئولية وحسب مفهومها يجب أن تتأسس على الفعل المنحرف، ولكن هل يجوز افتراض الضرر أساس لها من خلال تأسيسها على الفعل الضار؟، قد يخالفني الغير الرأي ويقول بجواز ذلك، لكني أرى وحسب وضع الخطأ كصفةٍ في الفعل، فهو كما أسلفت صفةٌ متعلقةٌ بذات الفعل وطبيعته لا بنتيجته، أنّه لا يجوز تعريف الخطأ من خلال الضرر والقول بأن كل فعلٍ ضارٍ يشكّل خطأً، حتى أنّه لا يمكن وصفه بالخطأ استناداً لعدم شرعيته، لأنّهما أمران مختلفان من الوجهة التركيبية، فالفعل بذاته وبتركيبته يشكّل لذاته وصف الخطأ، بينما الأحقية أو المشروعية ليست بالضرورة تتحدد بذات الفعل، فقد يكون ذات السلوك مرة مشروع ولفاعله الحق في ارتكابه وفي وضع آخر يتحول لأمرٍ غير مشروع، ولا حقّ في ارتكابه،مما يدلل بالضرورة على عدم تعلق المشروعية بالضرورة بذات تركيبة وطبيعة الفعل، وهذا ما لا يتصور تحققه في الخطأ.والتعريف الأخير لا مجال للقول، إلا بأنّه – وبغض النظر عن صحة إعطاء الخطأ هذا التعريف – يحاول التشديد والتركيز على عدم أحقية إلحاق الضرر بالغير،

---

[1] النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص113

[2] النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص120. وكذلك جمعة، عبد المعين: المرجع السابق. ص51 أنظر في هذه الصفحة سبب استغراق الضرر للخطأ، وهو تأثر قاضي بلجيكي (ليكلير) بالصعوبة التي كانت تواجهه في إثبات الخطأ في حوادث المرور التي كانت تعرض عليه، وهي إحدى مشاكل الخطأ الكثيرة.

وليس على عدم أحقية الفعل بذاته، ولكنني أجد أنّه لا بد لمن يعطي القيام بتعويض الضرر الأثر والحكم المترتب عن الفعل الخاطئ وما يقوم به الخطأ ابتداء، اصطلاح المسئولية، أن يؤسسها على الفعل الملام عليه بذاته، فإن هذا الاصطلاح تترتب عليه استحقاقات، لا بد منها لإمكانية القول بوجود المسئولية على اختلاف أنواعها، حيث أنّه واستناداً لما جاء في الفصل الأول من بيان لمعنى ومفهوم المسئولية، فلا تقوم هذه الأخيرة دون وجود فعلٍ يؤاخذ عليه فاعله، إذ أن أساس المساءلة، هو القيام بسلوكٍ أو بفعلٍ يستتبع اللوم والمؤاخذة، لذلك كان لزاماً إعطاء الفعل وصف يستتبع المؤاخذة، وهو بالضرورة ليس الجرم لأن هذا يمثل المسئولية الجنائية، وكانت الحاجة لوصفٍ واسعٍ فضفاضٍ يتلاءم مع ضرورة جبر الأضرار فكان الخطأ، الذي استجاب لكافة المتطلبات السابق ذكرها من أجل المواءمة بين مفهوم المسئولية وبين اتساع المسئولية التقصيرية اللازم لتحقيق غايتها المفترضة بجبر الضرر، ولكن هذه الاستجابة كانت في الجانب النظري، حيث بقي الخطأ كمفهومٍ معنوي صعب الانضباط والتحديد، ولا بد لي من تأكيد انتقادي لهذه الغاية لتعارضها مع غاية أصيلة في المسئولية، أياً كان نوعها، وهي غاية الردع والعقاب، وهو ما يدفع للتساؤل عن صلاحية المسئولية كمنهجٍ لجبر الضرر، بينما هناك الضمان وهو منهج مرتبط الوجود بجبر الضرر، بل يشكل جبر الضرر غايةً أصيلةً فيه، وذلك وفقاً لما تبين من دراسة وتحليل مضمونه وأحكامه في الفصل السابق.

من تعريفات الخطأ أيضاً أنّه "إخلال بحقٍ أو بمصلحةٍ أعلى"[1]، ولكن متى يقع الإخلال؟ وما الذي يحدد المصلحة الأعلى؟ إن هذا التعريف يعتمد على فكرة تدافع المصالح في المجتمع البشري، وهي ليست فكرة مجردة، بل تمثل أمراً متحقق الوقوع، ولكنه أمر نسبي بحاجة إلى ضابط، ربما يكون أصعب من تحديد ضابط لوجود أو عدم وجود الخطأ، فيمكن القول أن المصلحة الأعلى هي الأجدر بحماية القانون، وهذا أمر لا شك فيه، ولكن هذا الأمر (وأقصد المصلحة الأجدر بحماية القانون) أقرب بشموليته وعموميته وعدم تفصيله للأشياء إلى أن يكون ممثلاً لفكرةٍ روحيةٍ، يستند إليها عند التوصل لهذه المصلحة الأجدر بالحماية، وليست دليلاً أو طريقاً يبين ما هي المصلحة الأجدر بالحماية فعلاً. ومن تعريفاته أيضاً بأنه "إخلال بالثقة

---

[1] العدوي، جلال علي: **أصول الالتزامات. مصادر الالتزام**. دون ط. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1997. ص354

المشروعة"[1]، حيث أن العيش في المجتمع، لا بد وأن يتم ضبطه، وذلك من خلال افتراض ثقة كل فردٍ تجاه المجموع والأفراد في مجتمعه بأنّهم لن يرتكبوا ما يمكن أن يلحق به الأذى، وفـي المقابل تكون لديه الثقة بنفسه، بأنّه سيمارس حقه في القيام بالأفعـال دون أن يلحـق الـضرر بالغير. برأيي هذا التعريف لا يعدو أن يكّون فكرةً، لا تخرج عن إطار الفكر الفلـسفي، الـذي يحتاج إلى تحليل أوضح وأدق، وربما ينجح في التطبيق العملي وربما لا.

لعل أهم التعريفات التي تبناها الكثير من الفقه مع استخدام بعض الألفاظ المختلفة بشكلها لا بمضمونها ودلالاتها[2]، تعريف الفقيه بلانيول للخطأ بأنّه "إخلالٌ بـالتزامٍ سـابق"[3]. وفـي مواجهة صعوبة تحديد هذا الالتزام، تم تأطير هذه الالتزامات ضمن أربعة أوجه عامة هي:

1- الامتناع عن العنف.

2- الكف عن الغش.

3- الإحجام عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة.

4- اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشياء أو الأشخاص[4]، وهي في عموميتهـا لا تقـدم معاييراً دقيقةً بقدر ما تعطي أمثلةً عامةً، ومن أهم الآراء التي حاولت إعطاء معيارٍ يتحـدد به هذا الالتزام السابق، اقتراح الدكتور سليمان مرقس، الذي يرى أن كل حقٍ يقابله واجـب

---

(1) السنهوري، عبد الرازق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المـدني**.ج1. تنقـيح أحمـد مـدحت المراغـي. دون ط. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2004. ص643.

(2) راجع عبد التواب، معوض: **الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني**.ج1. ط4. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1998. ص548، وكيف يتبين من خلال المذكرة الإيضاحية، تبنّي القانون المدني المصري لهذا التعريف حيث جاء فـي المذكرة "فثمة التزام يفرض على الكافة، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الخطأ". دون التعريـف المباشـر لـه، وكذلك راجع أبو السعود، رمضان: **مصادر الالتزام**. ط2. الإسكندرية: دار الجامعة الجديـدة. 2003. ص331، إذ يـرى استقرار الفقه والقضاء على هذا التعريف، وراجع قرار محكمة استئناف القاهرة الدائرة المدنية الصادر بتاريخ 1958/6/1 استئناف رقم/ 164 سنة 74، والذي حدد فكرة الخطأ بأنها تنشأ من الإخلال بالتزام سابق، وهو مراعاة التبصر والحيطـة في السلوك حتى لا يضر بالغير. وكذلك راجع نخلة، موريس: **الكامل في شرح القانون المدني. ج2**. دون ط. بيـروت: منشورات الحلبي. 2001. ص36.

(3) مرقس،سليمان: المرجع السابق. ص185.

(4) السنهوري،عبد الرازق أحمد: المرجع السابق. ط1987. ص1082.

وهو عدم المساس بهذا الحق، بل إن هذا الواجب يمثل امتداداً طبيعياً للحق، وهذا الواجب بصوره الفعلية المختلفة يأخذ أحد وجهين لا أكثر, هي واجباتٌ محددةٌ في القانون بنصوصٍ صريحةٍ، وواجباتٍ لم تُحدد صراحةً في القانون. ولا إشكال مع الواجبات المحددة بصراحة مثل مخالفة الأنظمة القانونية والإدارية[1]، فمثلاً مخالفة الواجب الصريح في القانون الذي يلزم السائق بإضاءة مصابيح السيارة ليلاً، يتشكل بها إخلالٌ بالتزامٍ سابقٍ، إذن عدم الإضاءة تشكل خطأً استناداً إلى التعريف السابق، وهو بذاته الخطأ -في هذا المثال - الذي يتشكل به الخطأ الجنائي، فكل واجب محدد بنص صريح في قانون العقوبات، يمثل الإخلال به بالضرورة خطأ تقوم به المسئولية الجنائية، وهنا فعلياً تظهر عدة أمور أهمها، ضرورة تحديد، طبيعة العلاقة بين الخطأ المدني والجنائي من حيث الازدواج أو الاتحاد، وأثر ذلك في تبيان طبيعة المسئولية التقصيرية وبيان العنصر المميز لها فعلياً عن المسئولية الجنائية، وهل هو نوع الخطأ – إن تعدد- بالفعل أو شكل الضرر، وأثر ذلك في تأسيسها على الخطأ؟ وهو ما ستتبع الإجابة عليه عند بحث الخطأ المدني والخطأ الجنائي.

أما في اقتراحه لحل مشكلة الواجبات غير المحددة، وافتراضه تعقيدها كنتيجةٍ طبيعةٍ لتراكمها مع حقوق في ذمة واحدة، فمن الذي سيتقدم الحق أم الواجب؟ التعارض بين الحق والواجب أمر قائم لا محالة، ويمثل تدافعاً فطرياً، حيث يدفع الإنسان باتجاه حقه على حساب واجبه، فما الذي ينظم هذه العلاقة النسبية في تدافع الحق والواجب؟، لقد وجد الدكتور مرقس أن أساس تنظيم العلاقة إما أن يكون، الأساس الاختياري المتمثل باستخدام الإرادة الحرة للشخص في تحديد حقوقه وواجباته تجاه الآخرين، ويمكن تصور ما قد ينتج في حال تفعيل هذا الأساس فكل شخص سيتصرف وفقاً لفطرته بتقديم حقوقه على واجباته، وعليه، سيكون الأقدر والأقوى صاحب حقٍ متقدمٍ دائماً على واجباته، وعلى حقوق الآخرين، وقد يكون الأساس أو المعيار مادي ثابت، وهو معيار الرجل العادي المتوسط في جميع صفاته الداخلية وغير الظاهرة[2].

---

[1] مرقس، سليمان: **موجز أصول الالتزامات**. دون ط. القاهرة: البيان العربي. 1961. ص 360.

[2] مرقس،سليمان: **موجز أصول الالتزامات**. مرجع سابق. ص361.

استمرت الدراسات والإضافات التحليلية المختلفة لتعريف بلانيول، حتى أضحى يشكّل التعريف الأكثر اعتماداً من قبل الفقه القانوني، والذي تبنته بعض القوانين بشكلٍ أو بآخر[1]، ومن هذه التحليلات للتعريف، القول بأن الالتزام السابق يُقصد به الالتزام العام بعدم الإضرار بالغير، وأن هذا الالتزام هو التزام ببذل عنايةٍ وليس التزام بتحقيق غايةٍ[2]، فإن بذل الشخص العناية المطلوبة، ورغم ذلك تحقق الضرر فلا مسئولية على الفاعل، لأنّه ليس مخطئاً بهذه الحالة، وعليه لا أساس لمسئوليته، وهناك من يرى فيه التزاماً بتحقيق غاية، وهي عدم الإضرار بالغير، وعليه كل من يلحق الضرر بالغير،يعد مخطئاً سواء بذل العناية اللازمة أم لم يبذلها[3]، والتي هي بدورها محل اختلاف أيضاً في مقدارها فالبعض يراها في عناية الرجل العادي وتبصره في أموره[4]، والبعض يرى أنّها لا تتوقف عند عناية الرجل العادي بل يتشدد باشتراط عناية الرجل الحريص[5]، بل إن بعض التحليلات ترى الالتزام السابق في بذل العناية اللازمة[6]، وليس في عدم الإضرار بالغير، وهنا يمكن إرجاع هذا الاختلاف في تحديد الالتزام من عدم الإضرار إلى بذل العناية، إلى أن أنصار الفكرة الأولى يهتمون بالنتيجة الضارة والحرص على عدم تحققها، على الرغم من جعل الالتزام التزاماً ببذل عناية، بينما أنصار الفكرة الثانية، يباشرون الاهتمام بشكل التصرف والسلوك في دلالة للتركيز على مفهوم المساءلة المتعلق بالفعل الملام عليه، دون الاهتمام بالنتيجة في إقامة المسئولية، ولو كانت النتيجة الفعلية الواقعية للفكرتين واحدة.

كما أنّه في جانب آخر متعلق بهذا التعريف والإضافات التي اعتمدها الفقه له، يجد الدارس بعض التعريفات المحللة والمنبثقة عن هذا التعريف، تضيف مرتكزاً آخر وهو إدراك

---

(1) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري،المادة المفسرة للنصوص 163 و164 من القانون المدني المصري.وراجع قرار النقض المصري رقم/1078 بتاريخ 1988/4/13 عن عبد التواب ن معوض: مرجع سابق. ص554

(2) راجع أبو السعود،رمضان: المرجع السابق. ص331

(3) يكن،زهدي: **المسئولية المدنية أو الأعمال غير المباحة**. ط1. بيروت: منشورات المكتبة العصرية. دون سنة نشر. ص77.

(4) مرقس،سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص192

(5) عبد التواب، معوض: المرجع السابق. ص548.

(6) يكن، زهدي: المرجع السابق. ص77.

الفاعل للإخلال بفعله[1] ولكن إن قُصد بهذا الإدراك، الإدراك للفعل الذي أتاه الفاعل، وهو التمييز، فلا داعي للنص عليه في التعريف، لأنه متحقق بالضرورة كمناطٍ للمسؤولية دون الحاجة للنص عليه في تعريف الخطأ، بمعنى أوضح يجب أن يكون المسئول مكلفاً ابتداء حتى يُسأل، والتكليف مناطه العقل أي الإدراك، إذن هذا العنصر متحقق الوجود، كما أعتبر ذلك إقحاماً لعنصرٍ في الخطأ، لا يمكن أن يعد داخلاً في ماهية السلوك أو الفعل الذي يتشكل به الخطأ بقدر ما هو متعلق بشخص الفاعل أو مرتكب السلوك، ولكن إن قُصد به إدراك طبيعة الخلل والانحراف في الفعل، فذلك يعبر عن حالةٍ متقدمةٍ من الإدراك أو التمييز، ولكنّها لا ترقى بذات الوقت إلى قصد الإضرار، بل يمكن التعبير عنها بأنها حالة متوسطة بين هذا وذاك،فهي تعني إرادة وقصد الفعل والسلوك المنحرف، والذي يشكل إخلالاً على الرغم من التحقق من صفة الإخلال والانحراف فيه. تظهر أهمية هذا التعريف وما ألحقه الفقه به من تحليلاتٍ وعناصر، في كونه أصبح قادراً، ولو بصورة منقوصة على تشكيل آلية عملية للخطأ، يمكن تطبيقها في الواقع من خلال الأركان التي انبثقت للخطأ، استناداً لهذا التعريف والتي ستأخذ مجالاً تفصيلياً في الفصول اللاحقة.

من التعريفات الجديرة بالتحليل -حيث لا أستطيع التفصيل والتحليل لجميع التعريفات الناتجة من الآراء الفقهية المتعددة -، تفسير مفهوم الخطأ ومعناه بالقول إن الفعل الخاطئ الذي ينسب لشخص لا يقصد به مسلكه فيه (أي في الفعل) بل إن المقصود به، أن ذلك الشخص قد تسبب بفعله بإحداث الضرر[2]. هذا المعنى يمثل ذات التوجه الذي درسته وحللته في تعاريف سابقة من أن الخطأ يتشكل بالفعل الضار، وهذا لا يكون ضاراً بذاته، بل ضاراً بنتيجته، وذلك برأيي نتيجة طبيعية لأهمية الضرر في المسؤولية التقصيرية، ولكن كما أسلفت فإن المسؤولية لا تتماشى طبيعتها إلا بالتأسيس على فعلٍ منحرفٍ بذاته، لأن المسؤولية بتعريفها ومفهومها تحاسب على السلوك، ولكن في ذات الوقت هذا التسلسل الطبيعي للمسؤولية وأساسها لا يتناسب مع غاية

---

(1) فودة، عبد الحكيم: المرجع السابق. ص 336، و أبو السعود، رمضان: المرجع السابق. ص331.

(2) عامر، حسين: المرجع السابق. ص136

المسئولية التقصيرية، وهي جبر الضرر، لذلك هناك ضرورة لتأكيد أهمية الضرر في المسئولية التقصيرية حتى أنّه يستغرق الخطأ في بعض التعريفات[1].

إذن ما يمكن استنتاجه في نهاية هذا المطلب، أن الخطأ مفهـوم معنـوي، لـذلك مـن الصعوبة إعطائه مقومات مادية تجعل بالإمكان ضبطه بالقدر الذي يتطلبه جعله سـنداً لمـسألة قانونية، ونتيجة تسلسلية لذلك، هو يفتقر إلى التوحد في تعريفه، وما يترتـب علـى ذلـك مـن اختلاف لأركانه، وما يترتب على ذلك من مشكلات في تطبيق الخطأ كأساسٍ للمسئولية، ومـن الجدير ملاحظته، الإهمال التام لكون الأساس في المسئولية هو الفعل، وليس وصف هذا الفعـل، فعلى الأقل كان يجدر التعبير عن الأساس، بالفعل الخاطئ، إن كان بد من إقامتهـا علـى هـذا الوصف. كذلك يستنتج انعدام انسجام هذا الأساس مع الغاية فما العلاقة بين تأسـيس المـسئولية على الخطأ وضرورة تحقيقها لجبر الضرر؟ حتى لو كان الخطأ فعلاً ضاراً وإن جاز ذلـك أو حتى التخلي عن الخطأ وتأسيس المسئولية على الفعل الضار، لا ينفـي عنهـا غايـة الملامـة والمؤاخذة، إذن لا بد أن يحمل التعويض في المسئولية التقصيرية معنى الزجر والعقاب، وعليه فإن افتراض غاية الجبر وإعادة التوازن للذمم المالية، يعبر عن الخلل في افتـراض المـسئولية منهجاً للجبر وللحفاظ على توازن الذمم المالية، في حين يشكل الضمان منهجاً يقود إلى الغايـة بصورةٍ سلسةٍ، يعجز معها الباحث عن بيان التكامل المتحقق بينه كمنهجٍ وبـين الجبـر كغايـة فالضمان حسب أحد تعريفاته هو الجبر، حيث يعرف بأنه رد قيمة الهالك قيمياً أو مثلياً، حـسب طبيعة الهالك ذاته.

المطلب الثاني: شكل الفعل الذي يتعلق به الخطأ

أسلفت سابقاً أن الخطأ صفةٌ تتعلّق بالموصوف (وهو الفعل)، ولاكتمال دراسة الوصـف يجب إعطاء الموصوف حقه في الدراسة، خاصةً ما تعلّق بشكلٍ مباشرٍ بالوصف، ومن بديهيات الأمور أنّه يجب تحقق وجود الفعل، حتى يمكن البحث في تحقق وجود الخطأ، حيث هذا الأخير متعلق الوجود بالأول، فلا صفة دون الموصوف، إذن متى يتحقق وجود الفعـل؟ ومـا شـكل السلوك الذي يتحقق به هذا الوجود؟

---

[1] العوجي، مصطفى: المرجع السابق. ص243.

الفعل يوجد إن وجِد العمل، ولكن هل يشترط للقول بتحقق العمـل شـكلٌ معـين؟، إن الأمور مهما اختلفت – ومن ضمنها الأفعال- لها دلائلٌ تدل على وجودها، فمـثلاً مـن دلائـل وجود الفاعل الفعل، ومن دلائل وجود الفعل السلوك المادي الذي يظهر للعلن، دالاً على وقـوع الفعل، كما أن النتائج تدل على الأفعال باعتبارها أسباباً لهذه النتائج، فلا يمكن أن توجد الأشـياء من العدم، فالفعل له فاعل والفعل له نتائج وهذه لا تكون دون أفعال. ولكن الأفعال قد لا تأخـذ شكلاً مادياً خارجياً (إيجابي)، فهل يعني ذلك عدم وجود الفعل، إلا بالسلوك المحسوس؟ لا، حيث أن الأمور بعمومها والأفعال بخصوصها، لها دلائلٌ كثيرةٌ على الوجود مـن ضـمنها المظهـر الخارجي للسلوك (الشكل الإيجابي)، والنتائج كما أسلفت تدلّ على الأفعال حيث النتيجة تـشكل تغير وهذا التغير لا يكون دون سبب له هو الفعل، ولكن الخطأ كوصفٍ للفعل، هل يمكن له أن يتعلق بفعلٍ ليس له مظهر خارجي محسوس؟

لا خلاف بتحقق المسئولية التقصيرية على أساس الخطأ الإيجابي، فالسائق الذي يتجاوز السرعة القانونية يرتكب فعلاً إيجابياً، حيث اتخذ فعله سلوكاً مادياً خالف به واجباً بالامتناع عن زيادة السرعة[1]، ولكن طبيعة الالتزامات القانونية، لا تأخذ شكلاً واحداً فقد يكون محل الالتـزام ليس الامتناع عن فعل، بل القيام بفعل، وهو أكثر حالات الالتزام القانوني ظهوراً، حيث الأصل في الأمور الإباحة، فالنهي القانوني عن القيام بفعلٍ ما أمر محدود، بينما القيـام بالفعـل مبـاح أصلاً، وقد يشدد القانون بالنص الصريح على القيام ببعض الأفعال، فهناك التزام قانوني باتخـاذ الاحتياطات اللازمة عند القيام بالفعل حتى لا يلحق الضرر بالغير[2]، فإن امتنع المكلـف عـن اتخاذ هذه الاحتياطات فهو لم يأتِ أفعالاً ٌألزم بها، أي امتنع عما هو مكلف به. والسؤال الـذي يطرح، أيعتبر ذلك امتناعاً، لا يقوم به الخطأ؟، قطعاً لا، حيث يمثل الامتناع بهذه الحالة أكثـر حالات الخطأ وقوعاً، حتى أن البعض يجعل الخطأ والإهمال مترادفات[3]. ولكـن ليـست هـذه الحالة الوحيدة لتحقق الفعل بالصورة السلبية (الامتناع)، فالإهمال شكلٌ من أشكال الامتناع، فهو امتناع مركّب، حيث يقترن الامتناع بفعلٍ يقوم به الممتنع، فالامتناع عـن اتخـاذ الاحتياطـات

(1) مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص271

(2) النقيب،عاطف: المرجع السابق. ص 194.

(3) العوجي، مصطفى: المرجع السابق. ص250.

اللازمة، اقترن بالفعل الأصلي الذي يجب اتخاذ الاحتياطات خلال القيـام بـه، ومـن أشـكال الامتناع، الامتناع الصرف أو البسيط، وهو امتناع يقوم مستقلاً بذاته غير مرتبطٍ بفعـلٍ آخـر، كامتناع الطبيب عن علاج المريض[1].

حالة الامتناع البسيط، في حالة عدم وجود نصٍ قانوني صريح يأمر بالفعل الذي تركـه الممتنع – ففي حال وجود النص حتى في هذه الصورة من صور الامتناع لا إشكال في وجـود الخطأ من عدمه – تثير الآراء المختلفة، فالبعض يرى وهم أنصار المذهب الفردي المتمـسكون بسمو مبدأ الحرية الفردية، لا يجدون في مثل هذه الحالة تحققاً للخطأ، لأن أهم مظاهر الحرية،ما يحظى به الفرد من حرية القيام أو عدم القيام بفعلٍ لم يرد في القانون نص يوجب فعله أو تركه، وأرجعوا هذه الفكرة الاجتماعية إلى الأصل القانوني الذي يفسرها بـرأيهم ويجعلهـا صـحيحةً قانوناً، وهو مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)[2]، وهناك رأي مناقض، يرى إمكانية تحقق الخطأ بالامتناع الصرف، ويستندون في ذلك، لاعتباراتٍ أهمها، أن الأساس القانوني لقيام المسئولية التقصيرية، لا يخضع باعتباره يعالج الشق المدني للمسئولية للقواعد العامة في القانون الجنائي من اعتبار أنّه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فالخطأ الذي يسبب ضرراً للغير تقوم بـه المسئولية التقصيرية، دون إرجاع قيامه لأي شرطٍ آخر ودون الحاجة لـنصٍ صـريحٍ يقـضي بوجود الخطأ، كما يستندون إلى أن عدم اعتماد النص الصريح كسببٍ وحيدٍ لتحقق الخطأ، جـاء للخطأ بعمومه دون اشتراط انطباق ذلك على الخطأ الإيجابي فقط[3]، فلماذا هذا التزيد وتـضييق انطباق الفكرة دون سند يدال عليه؟

برأيي إن الامتناع يمثل أهم مظاهر الحرية، والامتناع حقٌ للفرد، ولكن على صـاحب الحق عدم التعسف في استعمال حقه بشكلٍ ُيلحق الضرر بالآخرين، وأقصد بذلك أن الحريـة لا بد من حدودٍ تحدها وتضبطها حتى تتحقق للأفراد جميعاً على وجه المساواة، سواء كـان ذلـك بإخضاع استعماله لحقه لقواعد عدم التعسف في استعمال الحق، أو بإخضاع الامتناع إلى المعيار

---

[1] الصدة، عبد المنعم: المرجع السابق. ص247.

[2] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص273.

[3] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص267 وص277.

العام في تحديد وجود الخطأ من عدمه، فالرجل العادي قد يأخذ سلوكه العادي شـكل الامتنـاع، وعليه ما المانع من قياس الامتناع على شكل السلوك الذي سيتخذه الرجـل العـادي فـي ذات الظروف، فإن كان الرجل العادي في سلوكه المألوف في ذات الظروف سيمتنع عن التدخل، فما المانع من القول بانتفاء الخطأ والعكس صحيح.؟ ! حتى مع قول البعض أن الرجل العادي فـي الغالب يمتنع عن التدخل فيما لا يعنيه ولا طائل له من ورائه[1]، طالما كان هذا منهج وسـلوك الرجل العادي، كما أن القول بعدم جواز مساءلة الفرد عما لم يُكلف به ابتداء[2]، لا يتناقض مـع اعتبار الخطأ متحقق بالامتناع، لأن البحث في مسألة وجود التكليف من عدمه في حـال انعـدام النص القانوني لا يقتصر على الخطأ السلبي بل يشمل الخطأ المترتب على فعلٍ إيجابي أو سلبي - والتي ستكون محلاً للدراسة في الفصل اللاحق -. فالمصدر الواقعي للواجبات[3] هـو محـل الاختلاف، ومن أجله يتم التأكيد على ضرورة تحديد معيارٍ ومرجعٍ للاعتداد بهـذه الواجبـات الواقعية أو عدم الاعتداد بها.

قد يتشدد البعض في اعتبار الامتناع خطأ يوجب المسئولية، باشتراط ترتـب الوضـع الخطر على فعل الممتنع، فمن يلقي سيجارة ظنّاً منه أنّها منطفئة، ثم بعد وقوعها على الأعشاب الجافة يلاحظ اشتعالها و إمكانية امتدادها، ولا يتخذ أي تصرف إيجابي يمنع ذلك[4]، فهل يشترط أن يكون هو من ألقى هذه السيجارة، أي أنّه خلق الوضع الخطر؟ الجواب لا، لأن هذا الـشرط يمثل الإهمال وهو إحدى حالات تحقق الخطأ بالامتناع، كما أنّه قد يتحقق بالامتناع البسيط كمـا لو كان أحد المارة هو الذي ألقى السيجارة ورآها الممتنع، فما مدى حقه بالامتناع؟ هنا الخلاف، وهو ما ترك للقضاء ليحدده كما يحدد جميع الواجبـات التـي يعتـد بالامتنـاع عنهـا لقيـام

---

[1] الأهواني، حسام كامل الدين: **مصادر الالتزام. المصادر غير الإرادية**. دون ط. القاهرة: أبناء وهبه حسان. 1994. ص 85.

[2] عامر، حسين. المرجع السابق. ص153.

[3] النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص196، إذ يعرف الواجب الواقعي ويفسره بأنه" عمل يأتي في ظرفه أثره الأول مشعراً بخطـر يستتبعه، إن لم يبادر فاعله إلى تدبير عاجل يمنع به خطره، تكون هذه المبادرة فيه واجبة عليه بحكم أنه هو الذي ارتكب الفعل وخلق به احتمال الخطر، لم يكن له بعد الذي خلقه أن يتخذ موقفا سلبيا " ولاحظ اشتراط أن يكون الممتنع من خلق الجو الخطر ابتداء.

[4] النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص196

المسئولية[1]، كوقائع عملية تستند إلى إمكانية تحقق الخطأ بالامتناع والإيجاب قانونـاً بـالعموم والابتداء[2].

الدكتور فوده يرى أن الامتناع الذي يهدف لتحقيق النتيجة الضارة، يتـشكل بـه فعـلٌ إيجابي[3]، برأيي هذا غير صحيح، حيث أن أساس التفرقة بين الفعل السلبي و الإيجابي وجـود سلوك مادي أو عدم وجوده، ولا دخل للقصد وسوء النية في تمييزهما عن بعضهما البعض. ثـم إن تحديد السلوك الإيجابي من السلوك السلبي ليس بالأمر السهل التحقيق دائماً، فمثلاً الامتنـاع عن مد يد العون للغريق، امتناع،ولكن إبعاد العصا التي أمكن للغريق أن يتعلق بها، أمر إيجابي، أم أمر سلبي[4].

استقر قانونًا وقضاء، اعتماد الامتناع وإمكانية تحقق الخطأ به، على الأقل في القـانون والقضاء المصري، ولكن باشتراط أن يكون قد سبق هذا الامتناع التزام مدني تم خرقـه بهـذا الامتناع، حيث يرى في الامتناع عن مد يد العون للغير، وإن كان واجباً إلا أنه لا يعدو الواجب الأخلاقي، وليس واجباً قانونياً، ومن هنا استبعد الامتناع عن القيام بعمل إلا إذا كـان الالتـزام قانوني، و يقصد بالالتزام القانوني" ما كان منصوصاً عليه صراحة وما كان من الواجبات العامة التي تقابل الحقوق المقررة"[5]. ولقد اختلف الفقه الإسلامي في هذا الشأن حيث سـاوى الـبعض بين الترك والفعل والبعض الآخر اعتبر التارك آثماً ديانةً فقط[6]. مازال هناك من يطرح عـدم إمكانية تحقق المسئولية بالامتناع ليس لعدم تحقق الخطأ به ولكن لعدم تحقق رابطة السببية به[7]، وإن كان هذا الأمر خارج عن موضوع الرسالة المتعلق بالخطأ، وهو ما قد يشكل تساؤلاً يستحق

---

(1) الأهواني، حسام الدين كامل: المرجع السابق. ص84

(2) راجع مذكرة المشروع التمهيدي م/230 المقابلة لمادة /163 من القانون المدني المصري "....إن العمل غير المـشروع يتناول الفعل السلبي (الامتناع) والفعل الإيجابي ".وراجع نقض مدني صادر بتاريخ 1934/1/11 عن السنهوري: مرجـع سابق ط1987. ص1671

(3) فودة، عبد الحكيم: **الموسوعة الماسية**. مرجع سابق. ص850

(4) عامر، حسين: المرجع السابق. ص152

(5) مرقس، سليمان: المرجع السابق.ص277 وهامشها

(6) سلطان، أنور، **مصادر الالتزام فـي القـانون المـدني الأردنـي**. مرجـع سـابق. ص 302وراجـع قـرار تمييـز رقم/2000/391.ص6/256

(7) عامر، حسين: المرجع السابق. ص152.

البحث للإجابة عنه، فإنني أرى من الوجهة المنطقية التي قد تحتمل الكثير من الدراسة القانونيـة للإجابة عليها، أن السببية وإن لم تكن واضحة فيما بين النتيجة الضارة والامتناع، فإن الـسببية تتضح بين الفعل، الذي أمتنع عنه واقعاً وعدم تحقق النتيجة في حال القيام به. حيث كان الفعـل الذي امتنع عنه قادراً وسبباً في عدم تحقق النتيجة الضارة لو قام به الممتنع، وعليه فإن امتناعه يعد سبباً في النتيجة الضارة.

المبحث الثاني

أنواع الخطأ وأوصافه

يتضمن هذا المبحث دراسة تفصيلية، لكلٍ من الجزئيات المتعلقة بالخطـأ، مـن أنـواع الخطأ وأوصافه، باحثةً في المطلب الأول منه، في أنواع الخطأ في فرعين، الأول يدرس الخطأ المدني والخطأ الجنائي ومدى تمايزهما وتقاربهما، وأثر ذلك على أساس المسئولية التقـصيرية، كما سأدرس في الفرع الثاني الخطأ الموضوعي (القانوني) والخطأ الأخلاقي، مبتدئةً بـالأنواع، ثم سأدرس في المطلب الثاني في فرعين، الأوصاف المتعلقة بالخطأ، حيث سيبحث الفرع الأول الأوصاف المتعلقة بتقسيمها وتصنيفها بالركن المعنوي للخطأ، وفـي الفـرع الثـاني سـيبحث الأوصاف المتعلقة بالركن المادي للخطأ. مستخلصةً من خلال هذه الأنواع والأوصاف ومستدلة على صحة وصلاحية الخطأ كركن للمسئولية التقصيرية.

المطلب الأول: أنواع الخطأ

المسئولية بعمومها تؤسس على السلوك والفعل المؤاخذ عليه فاعلـه، وبعـد اسـتقرار الانقسام بين المسئوليتين المدنية والجنائية، ُوجدت الدراسات التي حاولت تحديد مدى تمايز كـل من الخطأ المدني والخطأ الجنائي، باعتبارهما أساس المسئوليتين، وسـأدرس هـذه الآراء فـي الفرع الأول من هذا المطلب. وأجد ضرورة لدراسة التوجهات التي طرحت فكرة وجود خطأين استناداً للمنطلق لكل منهما والأركان المطلوبة في كل منهما، وأقصد الخطأ الموضوعي والخطأ الأخلاقي، وسيكون الفرع الثاني من هذا المطلب محلاً لدراسة هذين النوعين.

الفرع الأول: الخطأ المدني والخطأ الجنائي

ابتداء يمكن تعريف الخطأ الجنائي بأنه "مخالفة الواجب الذي تكفله قـوانين العقوبـات بنص صريح خاص[1]، بينما يمكن تعريف الخطأ المدني بأنه الإخلال بأي واجبٍ قانونيّ، حتـى لو لم تحمه قواعد قانون العقوبات. بتحليل بسيط لهذين التعريفين، يتبين أن الخطأ المدني أوسـع

(1) مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص278

وجوده وتحققه من الخطأ الجنائي، حيث يتحقق بمخالفة الواجب القانوني الـذي يتـسع باتـساع مصدره القانوني، فلم يتعلق بقسمٍ خاصٍ من القوانين، بل لم يـرتبط فـي وجـوده بالنـصوص القانونية بمعناها الضيق، بل امتد ليشمل جميع المصادر القانونيـة، وفـي ذات الوقـت قـانون العقوبات، جزء من القوانين ويشكّل مصدراً من مصادر الواجب القانوني، إذن كل خطأ جنـائي يتشكل به بالضرورة خطأ مدني، فدائرة الخطأ الجنائي محتواة في دائرة الخطأ المدني وتـشكل جزءاً منها[1]، والسؤال الآن ماذا يترتب على هذه الحقيقة؟

يترتب على هذه الحقيقة أنّه كلما تحقق وجود الخطأ الجنائي، ُوجد بالـضرورة الخطـأ المدني، والعكس ليس صحيح، فقد يتحقق وجود الخطأ المدني وتكتمل عناصـره دون أن يبنـى على ذلك اكتمال وجود الخطأ الجنائي. وفي حال تحقق المسئولية الجنائية هـل تتحقـق دائمـاً المسئولية المدنية؟ الجواب طبعاً، لا، لأن الضرر الخاص الذي يلحق بالأفراد، يمثل ركناً ثالثـاً لقيام المسئولية المدنية[2]، فمثلاً جرائم الشروع وجميعها يقوم بها الخطـأ الجنـائي[3]، وكـذلك المدني بالضرورة، لا تقوم فيها المسئولية المدنية لأن الضرر لم يتحقق، وأقصد هنـا الـضرر الخاص، لأن الضرر العام قد تحقق بمجرد ارتكاب الفعل المخالف للواجبـات التـي يفرضـها القانون الجنائي.

إذن ما هو أساس الاختلاف بين المسئوليتين، هل هو الخطأ؟ وطبيعته ونوعه؟ أم الـذي يشكّل عنصر التمايز بينهما هو الضرر؟ وإن كان هناك من سيقول الضرر كما الخطأ، ركن في الاثنتين، ولن يشكّل مركزاً للتمايز بينهما. ولكن، الخطأ صحيح ركن في الاثنتين معـاً وكـذلك الضرر، ولكن الفرق بين الضررين أوضح من الفرق بين الخطأين -إن وجد-، حيث الضررين مختلفين تمام الاختلاف ولا يتحقق أحدهما بتحقق الآخر بالضرورة، كما حـال الخطـأ المـدني المتحقق دائماً في حال تحقق الخطأ الجنائي، ومن أهم مظاهر الاخـتلاف بـين الـضررين، أن الضرر المدني لا يتحقق بالضرورة بتحقق الخطأ المدني، بينما الضرر الجنائي مـستتبع تحقـق

---

[1] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص278

[2] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص132

[3] جمعة، عبد المعين لطفي: المرجع السابق. ص21

الخطأ الجنائي لأن محله المجتمع[1]، والضرر اللاحق به، وهذا (الضرر الجنائي) يتحقق بمجرد قيام الفعل الذي يخالف قواعد قانون العقوبات، إذن وفي النتيجة، لمـاذا لا تؤسـس المـسئولية المدنية - وطبعاً القصد يتجه هنا إلى المسئولية التقصيرية -على ما تتمايز به حقيقـةً، ويرتـب استقلالاً لها عن المسئولية الجنائية، خاصةً وأنّه أكثر تلاؤماً وتحقيقاً للغاية والهدف من قيامهـا، وهو جبر الضرر و إعادة التوازن للذمم المالية، والخالي من أي وجه للردع والعقوبة والمتمثـل بالتعويض؟؟ ربما أكون قد أجبت على هذا الطرح في خلاصة المبحث الأول من هذا الفـصل، ولكني أرى ضرورة التأكيد عليه لما له من دلالة على صلاحية المسئولية كنمهج لتحقيـق هـذه الغاية المفترضة بشكلٍ يخرج عن طبيعة المسئولية عموماً، وهو أن المسئولية لا يجوز أن تنبني على الفعل الضار أو الضرر، ولو تم بطريقٍ غير مباشر من خلال إقامتها على الفعل الـضار باعتباره الفعل المستتبع للملامة أي العقاب والزجر، لأن الغاية المفترضة للمسئولية التقـصيرية ابتداء تخرج عن الغاية الطبيعية للمسئولية، ولكن في الفصل الأول من الرسالة تم القطع والجزم بأن غاية الضمان هي رد قيمة الهالك وجبر الضرر بما يضمن حرمة حق الغيـر وعـصمته. فلماذا لا يعتمد الضمان لتحقيق هذه الغاية التي يشكل طريقاً سهلاً للوصول إليهـا، حيـث يعـد الضمان من الجوابر التي شرعت لدرء المفاسد (الأضرار)، ولم يحتاج كما سيتبين بالتفصيل إلى ضرورة صلاحية الضامن للتكليف.

مازال موضوع المطلب دون إجابةٍ صريحةٍ، وهو، هل فعلاً يتشكّل كـلٍ مـن الخطـأ المدني والجنائي من عناصر مختلفة، وبالتالي فهما مختلفان، أم يتحدان في العناصر المكونة لهما وبالتالي هما متحدان، وإن كان لي رأي سابقٌ، ربما لم يجب بـنعم أو لا، حـول اتحادهمـا أو ازدواجهما، فقد بينت أن الجنائي يمثل حالة خاصة من الحالات التي قد يظهر بها الخطأ المدني. ولكن ما رأي الفقه والقضاء فيما يخص ازدواجهما أو اتحادهما؟

---

[1] عبد الرحمن، أحمد شوقي: **البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية.** دون ط. دون بلد نـشر: دون ناشر. 2002. ص181.

استقر القول باختلاف الخطأ في الجرائم العمدية[1]، ولكن في الجـرائم غيـر العمديـة (جرائم الإهمال) ظل الأمر محلاً للخلاف، فلقدُ وجد اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: ويدعم الاختلاف بين الخطأين وبالتالي ازدواجهمـا، ويـستندون فـي ذلـك أن المسئولية المدنية، تقوم بالخطأ مهما كان بسيطاً، وعليه إذا اتُهم شخص بالقتل غير العمد وبرئ من الجريمة، على أساس أنّه لم يرتكب خطأً، فلا يوجد ما يمنع من اعتباره مخطئاً مدنياً ويسأل بالتعويض[2]، والوحدة بينهما تقتضي أن يوجدا معاً وأن ينتفيا معاً، ويستندون إلـى أن الخطـأ الجنائي يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة، وهذه لا يجوز التنازل عنهـا[3]، وكـذلك إلـى التضييق في افتراض وجوده في حالات الاشتباه بالجاني، أما المدني فيطبق لمجرد الاشتباه[4].

الاتجاه الثاني: ويرى اتحادهما، ويستندون في ذلك إلى أن الخطأ المدني والخطأ الجنـائي فـي حال الإهمال يقاسان بمعيارٍ واحدٍ، وهو معيار الرجل العادي حيث، يحدد القاضي فـي جـرائم الإهمال الخطأ المستلزم للعقاب من عدمه من خلال قياسه بمعيار موضوعي[5].

إن الاستناد إلى عدم انتفائهما معاً، وإن كان يدلل على عدم الاتحـاد، ولكنّـه لا يقطـع بالاختلاف التام والازدواج، والملاحظ أن أنصار الفكرتين يتمسمرون حول القطيعة الكاملـة أو التماثل الكامل، دون النظر من زاويةٍ أو شكلٍ آخر للموضوع، وهو مدى احتواء أحدهما للآخر، والقول باختلاف محل النتيجة بينهما، ففي المدني يكون الضرر خاصاً، وفي الجنائي عامـاً، لا دخل له بفكرة اتحاد الخطأين أو ازدواجهما، إذ أنّه يمثل حالة متعلقة بالنتيجة لا تتعلـق ببنـاء وهيكلة كل منهما، والقول بالتضييق والاتساع، وما يشكله من فارق، ناتج عن سـهولة تعقـب الخطأ الجنائي، والفصل بوجوده من عدمه، مقارنةً مع الخطأ المدني الذي يرجع به إلى معيـارٍ واسعٍ وفضفاض، وهو معيار السلوك المألوف للرجـل العـادي، كمـا أن مقتـضيات العدالـة

---

[1] المتيت، أبو اليزيد علي: **جرائم الإهمال**. ط4. الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة. دون سنة نشر. ص82

[2] المتيت، أبو اليزيد علي: المرجع السابق. ص 85

[3] االمتيت، أبو اليزيد: المرجع السابق. ص81

[4] المتيت، أبو اليزيد علي: المرجع السابق. ص81

[5] جمعة، عبد المعين لطفي: المرجع السابق. ص54، وراجـع قـرار محكمـة الـنقض المـصرية الـصادر بتـاريخ 1939/12/14. **مجموعة القواعد القانونية**. ج3. ص25

وضرورة جبر الأضرار تقتضي التوسع في مفهوم الخطأ وعملية تطبيقه، وهذا يعيد إلى المسئولية وصحتها كمنهج يهدف لجبر الضرر. ثم يقول القائلون بالوحدة في جرائم الإهمال باتحاد المرجع والقياس، إن صح ذلك فهل هذا ينفي أن كل فعلٍ يخالف به مرتكبه واجباً منصوصاً عليه في قانون العقوبات،هو مخالف بالضرورة للسلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف؟! حتى لو لم يستخدم هذا المعيار لتحديد وجود هذا الخطأ من عدم وجوده، خاصة وأن هذا المعيار يطبق ويستخدم في تحديد الخطأ المدني في حالة عدم تحديد الواجبات بصراحة. وهي في الجنائي محددة بصراحة.

الفرع الثاني: الخطأ الموضوعي والخطأ الأخلاقي

الخطأ كأساسٍ للمسئولية، انبثق من فكرٍ أخلاقي ديني، فقد كان الهدف من تأسيس المسئولية عليه، إعطاء المسئولية الصبغة الأخلاقية، ومن ثم كيف ستتم محاسبة شخصٍ وملامته ومؤاخذته دون أن يكون اقترف الخطأ؟ حيث يشترط لمحاسبته أن يرتكب ما يشكل اعتداء على النظام الأخلاقي[1]، ولذلك جاء الافتراض والتأكيد في تعريف الخطأ على إدراك المخل لإخلاله على الرغم من افتراضه كمناط للمسئولية، وعليه تم تأكيد الركن المعنوي في الخطأ، وجعِل القصد منه يكتفي بالتمييز والإدراك، دون التشدد بافتراض الإرادة والقصد الجرمي قياساً على المسئولية الجنائية، وهذا أمر طبيعي، عندما يكون أساس المسئولية الفعل وطبيعته، فهل يسأل عديم التمييز عن فعله؟ وهل يمكن ملامته ومؤاخذته؟ حتى أن التمييز لا يكفي برأيي لإظهار الجانب الأخلاقي في المسئولية، فالفاعل قد يكون آخر ما في نيته إلحاق الضرر بالغير، فهل يحاسب الشخص أخلاقيا على ما لم يرده؟! ولم يتحرك بفعله لتحقيقه؟ !. كيف سنستطيع تتبع الأساس الأخلاقي في المسئولية دون وجود النية السيئة[2]؟! ولكن، أليس الخطأ يقوم أيضاً على ركنه المادي والمتمثل بالانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهل يمكن القول بتحقق وجود الخطأ عندما يقصد أحدهم إلحاق الضرر بالغير، ويتجه لتحقيق ذلك دون سلوكٍ منحرف!؟ يمكن القول إن الفقيه السنهوري، لا يرى إمكانية ذلك، فهو عندما يرى في المنافسة المشروعة

---

[1] دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص228. عن ريبير. القاعدة الخلقية للالتزامات باريس:1949.ص268

[2] دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص229.

التي تلحق الضرر بالغير، وقد يحمل المنافس في خاطره نية الإيذاء وإلحاق الضرر، ويسلك لتحقيق ذلك سلوكاً لا يتشكّل به الخطأ[1]، برأيي ما يفترضه الدكتور السنهوري بانعدام قيام الخطأ صحيح، لأن الشيء لا يقوم إلا باستكمال أركانه التي ينبني عليها، وعليه افتقاد أحد الأركان يؤدي بالضرورة لعدم اكتمال البناء وهو هنا الخطأ. ولكن ألا تُجافي هذه النتيجة المنطلق الأخلاقي الذي تأسست عليه المسئولية، وتعلّقت من أجله بالخطأ، كأساسٍ يتلاءم وهذا المنطلق؟! إذن عجز الخطأ بهذه الأركان أن يحقق المنطلق الأخلاقي.

والسؤال الذي يطرح هو، أين يظهر الأساس الأخلاقي في الوضع المذكور آنفاً؟ ! ثم أين يظهر الجانب الأخلاقي بشكلٍ عامٍ في إقامة المسئولية على خطأ الفاعل؟هل يظهر فقط في جانب مرتكب الفعل الضار، دون الظهور في جانب المضرور، فما ذنب المضرور في كون الفاعل مميزاً أو غير مميزٍ، أو حتى مخطئ أم غير مخطئ[2]. ثم إن المعيار والمرجع في تحديد وقوع الخطأ من عدمه، وهو معيار الرجل العادي، هل يحقق الوجهة الأخلاقية للمسئولية؟ فقد يحاول شخص محدود الذكاء والفطنة بكل جهده أن يصل إلى ما يستطيعه الرجل العادي ولا ينجح، كيف سنحاسبه أخلاقياً[3]؟! وهو قد أدى ما عليه – سأستفيض في دراسة هذا الجزء عند بحث الركن المادي -، ثم هل هناك من داعٍ لهذا التأكيد على الوجهة الأخلاقية رغم الأثر المادي والمادي فقط لقيام المسئولية والمنحسر في جبر الضرر؟. الأصل أن تتلاءم الوسائل مع الغايات في إطارها العام فالغاية مادية، وعليه لما نحاول الوصول إليها عبر الأخلاق؟ الخلل واضح وسببه إقامة الأثر – وهو جبر الضرر – على أساس المساءلة وما تحمله من معنى أخلاقي، برأيي يجب أن يكون الأثر، أثراً لمفهومٍ آخر غير المساءلة. هو الضمان لأنه سيتجنب هذه المعضلة، وحتى أنّه يحقق الجانب الأخلاقي، إذ يراعي جانب المضرور وهو الأجدر بالرعاية، كما أنه لا يهمل حق الفاعل فلا يقيم عليه مسئولية ويعاقبه ويزجره، بل يجعله جابراً للضرر الذي تسبب به.كما لا يجب الأضرار الناتجة من أفعالٍ أجازها الشرع، وذلك حسب نص م/91 من مجلة الأحكام العدلية.

---

(1) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط. ط2004. ص 627.

(2) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق، ص231.

(3) دسوقي،محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص231.

إذن الخطأ الأخلاقي هو الذي يقوم على ركنين المادي والمتمثل بالانحراف، والمعنوي المتمثل بالتمييز، رغم عجز هذا النوع من الخطأ برأيي عن تأكيد الجانب الأخلاقي للمسئولية استناداً لما أوردته سابقاً.

ظهر في الوقت الحاضر اتجاه من أنصار النظرية الشخصية الذين يقيمون المسئولية على الخطأ، وفي محاولة تطويرها يستبعدون الركن المعنوي من الخطأ، ويكتفون بالركن المادي ليقوم به الخطأ، ولقد ظهر هذا الاتجاه في فرنسا[1]، واصطلح على تسمية الخطأ بالخطأ الموضوعي. وهو الخطأ الذي يقوم دون ركن معنوي، وعلى الرغم من انتفاء الصبغة الأخلاقية كيف ستقوم المسئولية دون التمييز؟ من بديهيات الأمور أن المسئول، مكلفٌ ابتداء حتى يسأل عما كُلف به، وأين هو موضع التكليف، العقل موضع ومناط للتكليف، وعليه لا تكليف لغير العاقل، وعليه يترتب أن لا مسئولية على غير العاقل. فما صحة إمكانية وجود الخطأ الموضوعي؟ الضمان برأيي سيحل هذه المشكلة أيضاً، باعتباره من الجوابر التي لا تشترط تكليف الضامن، خاصةً وأن العدالة تقتضي مساءلة عديم التمييز. وما من سبيل لجعل عديم التمييز يجبر الضرر المترتب على فعله ضمن منهج المسئولية، حيث يفترض في المسئول التكليف بغض النظر عن أساس المسئولية، وهل هو الخطأ أو حتى الضرر(الفعل الضار)، لذلك لا أجد فيما تبناه مشروع القانون المدني الفلسطيني أياً من التناقضات بين م/179 التي تؤسس للمسئولية على الفعل الضار –مع تحفظي على نهج المسئولية بأكمله – وبين م/180 التي تسائل عديم التمييز، حيث اعتبر الأغلبية من واضعي المشروع النصين متناقضين، وأن المشرع الفلسطيني يكون بنص مادة /180 أعاد بناء المسئولية على الخطأ[2].

---

(1) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص229 حيث أقام القانون المدني الفرنسي المسئولية على الخطأ الموضوعي في نص مادة / 489 ف/2 لسنة 1977.

(2) **المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني**. ديوان الفتوى والتشريع. 2003. ص205.

المطلب الثاني: أوصاف الخطأ

سيقسم هذا المطلب لفرعين، يبحثان في الأوصاف التي تتعلق بالخطأ، حيث يختص الفرع الأول في الأوصاف المتعلقة بالركن المعنوي للخطأ، أما الفرع الثاني سيبحث في الأوصاف المتعلقة بالركن المادي للخطأ.

الفرع الأول: الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي

العمد مصدر من الفعل عمد، ويقال فَعله عمداً وعن عمد، أي قصداً وليس خطأً أو صدفة[1]، وقد يقصد الفاعل فعله والآثار المترتبة على فعله، أي تعمد الفعل والنتيجة معاً، وقد يقصد الفعل فقط دون أن يقصد النتيجة، وفي الخطأ وحسب تعريفه (إدراك الفاعل للإخلال في فعله) وفي الصورة العامة للخطأ والمتمثلة بالإهمال، يتضح الحد الأدنى من الإدراك أو التمييز حتى يقوم الخطأ، فعلى الفاعل تمييز صفة الإخلال في فعله، فهو برأيي عندما قام بالفعل وهو مدرك الانحراف فيه فقد أراده، حتى لو لم يرد نتيجته، فيكون كمن حقق النتيجة الضارة بإهماله أو بخطئه غير العمدي، أما إن أراد الفعل والنتيجة فهو لم يوقع النتيجة خطأ بل عمداً (وهو الخطأ العمدي). إذن أساس التقسيم يتبع الشكل الذي تحقق به الركن المعنوي للخطأ، ولا يتعلق بتعمد الفعل أو عدم تعمده، بل يرتبط بالنتيجة واتجاه الإرادة لتحقيقها.

الخطأ غير العمد يتحقق إذا لم يرد فاعله النتيجة الضارة[2]، ويسميه أتباع النظرية التقليدية بشبه الجريمة[3]، أما الخطأ العمدي (الجرم)[4] فيتحقق إذا اتجهت إرادة الفاعل إلى تحقيق الضرر بالغير، فهو إخلالٌ بواجبٍ يقترن بقصد الإضرار بالغير[5]، أو هو " العمل الذي يضر بمصلحة الغير عن قصدٍ وبدون وجه حقٍ"[6].

---

[1] ابن منظور: لسان العرب. المحيط. مجلد /1. مرجع سابق. ص854

[2] عامر، حسين. المرجع السابق. ص141

[3] مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص256

[4] نخلة، موريس: المرجع السابق. ص 35

[5] مرقس، سليمان: **أصول الالتزامات**. مرجع سابق. ص371

[6] يكن، زهدي: المرجع السابق. ص82

إذا أمعنت النظر في تعريفات الخطأ العمدي، ترى أنها كلها تعتبر قصد إيقاع النتيجة الضارة من خلال اقتراف فعلٍ فيه عدم الأحقية أو الإخلال بالواجب، فهو لم يكن إخلال بواجب لمجرد أن الفاعل أراد من خلاله تحقيق الضرر، بل هو بذاته يمثل حالة إخلال، بمعنى أن ينطوي التصرف على الانحراف أي على الركن المادي للخطأ، فلا تكفي النية السيئة والتي تهدف لإلحاق الضرر لقيام الخطأ المبني على ركنين، إذ لا بد من تحقق ركنه المادي، وبعد ذلك يوجد هناك من يرى في قياس الخطأ العمدي وتحديد تحققه من عدمه بالمعيار الشخصي فقط[1] –وسأفصل هذه المعايير في الفصل اللاحق - أي بالنظر إلى شخص الفاعل ونيته، دون اعتماد المعيار الموضوعي اللازم لقياس الركن المادي (التعدي أو الانحراف)، وهو معيار الرجل العادي. إذن لا بد من استخدامٍ للمعيارين معاً[2] للتحقق من وجود الخطأ العمدي، فالمعيار الشخصي لازم للتحقق من صفة العمد والمعيار الموضوعي لازم للتحقق من وصف التعدي ابتداء.

لقد وجدت نظرة للفقه تحاول مد صفة العمد إلى الخطأ، الذي يأتيه فاعله على الرغم من تصوره وتوقعه للنتائج الضارة التي قد تترتب على فعله، باعتباره وإن لم يرد النتيجة الضارة صراحةً، ولكنّه بإقدامه على الفعل رغم توقعه لنتائجه، فقد ارتضى وقوعها ولقد سميت هذه النظرة "بنظرية التصور"[3]، ولكن السؤال الذي يتبادر للذهن، ما الفائدة العملية من هذا التقسيم للخطأ العمدي وغير العمدي، طالما المسئولية التقصيرية تقوم بأي منهما؟ هل تؤثر نية الإضرار بمقدار التعويض؟ أم أن الأمر برمته، يدلل على التأثر الواضح بالخلفية التاريخية للمسئولية المدنية وانقسامها عن المسئولية الجنائية للقائلين بانقسامهما؟

يتجه إلى القول بوجود الأثر الواضح لهذا التقسيم، باعتبار قصد الإضرار من ملابسات وظروف الحال، التي تسمح للقضاء بتقدير تعويض أكبر قدراً في حالات الخطأ العمدي عنه في

---

(1) مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص258

(2) مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص262

(3) الأهواني، حسام الدين كامل: المرجع السابق. ص87 و فوده، عبد الحكيم: **الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية**. مرجع سابق. ص14

حالات الخطأ غير العمدي[1]، ويرون أثره في حالة الاشتراك في الخطأ حيث في الأصل تقـاس المسئولية على المخطئين كل بنسبة خطئه،أما إن كان أحدهم تعمد الخطأ، والآخر لـم يتعمـده، فالمسئولية تقع كاملةً على المتعمد، كما يرون أثره في حالةٍ خاصةٍ أخرى،وهي حالة المـسئولية عن إصابات العمل، حيث يبقى حق العامل بالتعويض قائماً عن الضرر الذي لحق بـه بخطئـه غير العمدي ويسقط بخطئه العمدي[2].

برأيي التقسيم ناتج من التأثر الواضح إن لم نقل حالة الاستمرارية والتوسع التي تشكلها المسئولية المدنية للمسئولية الجنائية، حيث هذا التقسيم لا يؤثر في وجود المـسئولية مـن عـدم وجودها، وإن أثّر على مقدار التعويض فهو يخرج بالتعويض عن غايته الجبرية والإصـلاحية المفترضة للمسئولية التقصيرية، وهي غاية تتنافى مع طبيعة المسئولية ومفهومها، مما يدلل على عدم صلاحية المنهج كوسيلة لتحقيق الغاية، ويبين الآثار السلبية واسـتمرار حلقـة التناقـضات الناتجة - كالمشاكل المتعلقة بالخطأ- من انتهاج وتبني المنهج غير الملائم والمـصمم للغايـة، وهذا ما يجعل الحاجة إلى إعادة النظر في المنهج المتبنى لجبر الضرر ملحة، خاصةً مع وجود المنهج المتلائم والمصمم للوصول إلى هذه الغاية، فالضمان حسب ما أسلفت من تحليلٍ لغايتـه وطبيعته، يقتضي مباشرةً في تعريفه رد قيمة الهالك أو مثله، وعليه لم يحتج إلى البحـث فـي طبيعة الفعل المؤدي للضرر، لأن سببه الالتزام بعدم الإضرار بالغير، ولم يحتج للبحـث فـي الفاعل، إن كان مميزاً أو غير مميز، لأنّه ُاعتبر من الجوابر، حيث سببه الآخر عـصمة حـق الغير وحرمته، فالحق معصوم بتجردٍ تامٍ عن الشخص الذي يتعدى (وأقـصد التعـدي بمفهـوم المجاوزة) عليه (على الحق المعصوم)، سواء كان مميزاً أم لم يكن.

وإن قلنا بحالة إصابات العمل، فهي حالة خاصة بكليتها وتحتاج لبحثٍ موسع لما تمثلـه من قيام للمسئولية على عاتق رب العمل تجاه العامل، رغم أن الأخير هو من ارتكـب الخطـأ سواء عامداً أو غير عامد، وهذه الحالة تدخلنا في المسئولية عن فعل الغير وهل الخطأ بمفهومه يستطيع الامتداد والبقاء لتقوم به المسئولية بشكل عام، بما فيها المسئولية عن فعل الغير؟ وهو ما لا يتسع له البحث.

---

[1] يستند في هذا القول بالرجوع إلى تفسير المادة /170 من القانون المدني المصري.

[2] مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني.** مرجع سابق. ص256.

الفرع الثاني: درجات الخطأ

درجات الخطأ أو تدرج الخطأ، هو تعبير عن الحالات التي قد يوجد بها الخطأ في الواقع من حيث جسامته، ولكن ما هو المقياس المعتمد لتحديد هذا التدرج، وما أقسامه الأساسية؟ يتدرج الخطأ من حيث جسامته حتى يمكن وصفه، بأنّه خطأ جسيم أو خطأ يسير أو خطأ تافـه، هـذه درجات الجسامة، أما الأساس والمقياس الذي نميز به الجسيم من اليسير أو من التافه، فلقد كـان محل اختلافٍ، وتعددت الآراء حوله، فالبعض رأى في مقدار أهمية الواجب الذي تم الإخلال به من خلال الفعل الخاطئ هو المعيار والمرجع[1]، فإن كان الواجب الذي تم الإخـلال بـه علـى جانبٍ كبيرٍ من الأهمية، فإن الخطأ يكون جسيماً، وهكذا يتدرج الخطأ بتدرج الواجب، لكن،مـا هو المعيار الذي نحدد به أهمية الواجب، الذي تم الإخلال به؟، ثم أليس هذا الطـرح يتنـاقض ووحدانية الواجب الذي يتم الإخلال به في الخطأ، وهو حسب تعريف الخطـأ فهـو إمـا عـدم الإضرار بالغير، أو بذل العناية اللازمة حتى لا يترتب على الفعل الإضرار بالغير، كما أنّـه لا يتماشى مع المعيار الموضوعي في تحديد وقوع وتحقق الركن المادي للخطأ، وعليه تحقق وجود الخطأ. وهذا الوصف متحقق التعلق بالركن المادي للخطأ، لذلك فهو برأي البعض يتحدد بمقدار جسامة الانحراف في السلوك الذي تحقق به الركن المادي[2]، إذ أن درجـة انحـراف الـسلوك الحاصل عن السلوك الذي يشكّل معيار لتحديد وجود الخطأ من عدمه، وهو الـسلوك المـألوف للرجل العادي في ذات الظروف، هو ما يتحدد به درجة جسامة الخطأ، وهناك من يحاول الدمج بين الفكرتين من خلال القول، بأن الرجل العادي يدرك أهمية الواجبات، فـالإخلال بالواجـب الجسيم يشكّل خطأً جسيماً، لأن انحرافه سيكون جسيماً[3]، ويقسم الخطأ على هذا الأساس إلى:

أولاً: الخطأ الجسيم أول ما ظهر مفهومه ومعناه في القانون الروماني، إذ عرف بالخطأ الذي لا يرتكبه قليل الذكاء والفطنة والعناية[4]، وهناك من افترض تحققه بمقدار احتمالية تحقق الـضرر

---

[1] يكن، زهدي: المرجع السابق. ص8.

[2] فوده، عبد الحكيم: المرجع السابق. ص21.

[3] مرقس، سليمان: **أصول الالتزامات**. مرجع سابق. ص373 والنقيب، عاطف: المرجع السابق. ص204.

[4] فوده، عبد الحكيم: المرجع السابق. ص17.

من الفعل، فإن كان احتمال وقوع الضرر ضمن الظروف المحيطة بالفاعل إن أقدم علـى فعلـه كبيراً فخطؤه يكون جسيماً[1]، وهناك من رأه يتحقق في الإخلال بواجبٍ ثابتٍ متحققٍ لا جـدال فيه، أو في حال الإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ حداً كبيـراً مـن الجـسامة[2]، والواضـح أن الاختلاف في معناه،أثر أكيد للاختلاف في مرجعية تدرج الخطأ.

ثانياً: الخطأ اليسير، ويقصد به الانحراف اليسير عما كان سيسلكه الشخص العـادي فـي ذات الظروف، حيث يقع الإخلال بواجب أقل أهمية، وبتعبير آخر هو ما لا يقترفه شخص معتاد في حرصه وعنايته[3].

ثالثاً: الخطأ التافه ويقصد به، الانحراف الذي لا يأتيه الشخص شديد الحرص، أو ما يقع بالقدر الطفيف من الإهمال[4].

أجد أن بعض التعريفات استخدمت اصطلاح الإهمال في محاولة تحديد ما يقـصد مـن درجات الخطأ، وهم بذلك يقصرون هذا التدرج في الانحراف على الخطأ غير العمدي، بمعنـى عدم وجود التدرج في الخطأ العمدي[5]، ولكن أليس التدرج متعلق بـالركن المـادي، والخطـأ العمدي لا يقوم دونه (دون الانحراف) فلماذا نقصره على الإهمال أو الخطأ غير العمدي؟ ولكن ذات التساؤل الذي، طُرح حول أهمية وأثر أوصاف الركن المعنوي، يطرح في أوصاف الركن المادي؟

بعد أن ظهرت فكرة تدرج الخطأ في القانون الروماني، انعدم استخدامها في فترة لاحقة حتى قضى عليها تقنين نابليون وأبعدها[6]، ثم عادت وظهـرت لإعطـاء التعـويض الوظيفـة

---

[1] الأهواني، حسام الدين: المرجع السابق. ص88.

[2] فودة، عبد الحكيم: المرجع السابق. ص19.

[3] عامر، حسين: المرجع السابق. ص146.

[4] فودة، عبد الحكيم: المرجع السابق. ص19.

[5] عدوي، مصطفى عبد الحميد: **النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام**. ط1. القاهرة: مطبعة حمـادة الحديثـة 1996. ص 518.

[6] مرقس، سليمان: **أصول الالتزامات**. مرجع سابق. ص375.

الرادعة، حيث افترض في مقدار جسامة الخطأ أنها من ظروف وملابسات الحـال[5]، وحتـى افتُرض تأثيرها على قيام المسئولية في بعض الحالات الخاصة، مع أن الأساس ترتيب المسئولية على الخطأ بعمومه[6]، دون البحث في هذه الأوصاف، ومن هذه الحالات حـوادث وإصـابات العمل من أجل ضمان حقوق العمال، وكذلك قانون الولاية على المال، حيـث لا يـسأل نـاظر الوقف إلا عن خطئه الجسيم، إلا إذا كان له أجر عن ذلك، وكذلك بعض المـسئوليات المهنيـة فالطبيب لا تقوم مسئوليته إلا بخطأ جسيم[7].

ويمكن برأيي أن يقال في هذه الأوصاف، ما قيل في الأوصاف الموازية فـي الـركن المعنوي من التأثر والامتداد، الذي للمسئولية الجنائية في المسئولية المدنية وما يمثله هـذا مـن حالة توسع في افتراض الخطأ، فلا اعتبار لجسامته أو عمديته في قيام المسئولية التقـصيرية أو عدم قيامها. ولكن طبيعة الشيء لا بد وأن تظهر، حيث يظهر أثر الفعل وصفة الانحراف فيـه على قيام المسئولية أو عدم قيامها، لأن تركيبها العضوي والحيوي قائم على الفعل المؤاخذ عليه فاعله، فلماذا نُخرج المسئولية عن هذه الطبيعة الداخلة في كينونة المسئولية بهدف تحقيق هـدف لم تصمم له ولن تشكل المنهج الأمثل له؟! خاصةً مع وجود منهج الضمان القـائم علـى هـذه الغاية، بل إنّها تشكّل السبب المؤسس له.

---

(5) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص8.

(6) راجع نقض مدني، الصادر بتاريخ 1977/12/16: **مجموعة القواعد القانونية**.ج4. دون /ط. ص868.

(7) عامر، حسين: المرجع السابق. ص149.

الفصل الثالث

الركن المادي للخطأ (التعدي)

المبحث الأول: التعدي في القانون المدني المصري.

المطلب الأول: مفهوم التعدي في القانون المدني المصري.

المطلب الثاني: الظروف المعتد بتأثيرها في وجود التعدي.

المبحث الثاني: التعدي في القانون المدني الأردني.

المطلب الأول: مفهوم التعدي في القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني: حالات اشتراط وجود التعدي، وفيه دراسة للحالات التي تظهر بها العلاقة السببية بين الفعل والضرر، وأيهما يشترط فيها التعـدي حـسب الـشرع والقانون

الفصل الثالث

الركن المادي للخطأ (التعدي)

المبحث الأول

التعدي في القانون المدني المصري

ترتب على اعتبار الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية، ضرورة ضـبط مفهـوم الخطـأ وتحديد مكونات وجوده في محاولةٍ لوضع آليةٍ عمليةٍ لتطبيقه والتعامل معه في الواقـع، ومـن خطوات ضبطه، إعطائه تعريفاً معيناً، وعلى الرغم مما لحق بهذه المحاولة من نقص في القدرة على ضبط المفهوم، وتجاوزاً لهذه المعضلة واستنادا لأكثر التعريفات اعتماداً، حددت مكوناتـه، ببنائه على ركنين أساسيين هما، الركن المادي والمتمثل بالتعدي، والـركن المعنـوي المتمثـل بالتمييز، واستكمالاً للدراسة المنهجية للخطأ، لا بد من التحليل والفهم الوافي لهذه الأركان، حتى نفهم الخطأ ونستطيع الجزم بصلاحيته أو عدم صلاحيته كأساسٍ للمسئولية التقصيرية.

الركن، ما دخل في ماهية الشيء فإن ُوجِد، ُوجِد الشيء، وإن ُفقد،فقد الشيء ولم يقم[1]، بمعنى،أنّه في حال فقد أحد الأركان التي يبنى عليها الخطأ، سواء كان الركن المادي أو الـركن المعنوي، لم يقم الخطأ لانتفاء مكوناته، فما هو الركن المادي؟ وما المقصود بـه؟ ومـا معيـار وجوده؟

المطلب الأول: التعدي في القانون المدني المصري

التعدي أحد الاصطلاحات التي ُيعبر بها عن الركن المادي للخطأ، إذ ُيعبـر عنـه فـي بعض الحالات بالانحراف، فما المقصود بهذا المصطلح؟. التعدي لغةً هو التجـاوز[2]، والخطـأ حسب أكثر تعريفاته اعتماداً هو إخلالٌ بالتزامٍ سابقٍ، وعلى اختلاف الالتزام من فهـمٍ لآخـر، سواء ُفهم أنّه التزام بعدم الإضرار بالغير، أو ُفهم أنّه التزام باليقظة والتبصر بالـسلوك، فكلهـا

---

(1) إبراهيم،عبد الرحمن إبراهيم: **علم أصول الفقه الإسلامي**. ط1.عمان: مكتبة دار الثقافة. 1999. ص298

(2) اللجمي، أديب و آخرون: المحيط معجم اللغة العربية. تقديم محي الدين صابر. مجلد /2. ص849

تقود إلى أن المكلف ملتزم باليقظة والتبصر، سواء كان التزامه بذلك مباشراً، أو كان التزامه بذلك غير مباشرٍ متحققاً بالتزام المكلف بعدم الإضرار بالغير، فما هو التعدي وفقاً لهذا التعريف؟

إن المرء حر في السلوك الذي يتّبعه، طالما لم يخالف النصوص الصريحة في القانون، فهل يفترض في هذا السلوك ضوابط معينة حتى تتحقق هذه الحرية؟ طبعاً، والضابط لهذا السلوك هو ما يتشكل بتجاوزه التعدي، ويعرفه السنهوري، وأقصد التعدي، بأنّه "مجاوزة المرء للحدود التي عليه التزامها في سلوكه"[(1)]، والتعدي باعتباره الركن المادي للخطأ يتشكل عند تجاوز حدود اليقظة والتبصر المفترضين قانوناً، فالمخطئ حتى يعد مخطئاً، يجب أن يكون متجاوزاً (متعدياً) لهذه الحدود من التبصر والعناية في سلوكه، وقد يقع مقترناً بقصد الإضرار، حتى أن البعض يرى بقصد الإضرار ذاته تعدياً دون حاجة لتجاوز الحدود في السلوك[(2)]، كما قد يقع بمجرد الإهمال والتقصير. وعليه ما المرجع والمعيار، الذي يتحدد من خلاله تجاوز الحدود، وما هي هذه الحدود التي من خلالها يتحدد وقوع الركن المادي أو عدم وقوعه[(3)]؟

الالتزام الأصلي عند ممارسة السلوك، يتمثل ببذل العناية اللازمة لعدم إلحاق الضرر بالغير، ولا بد من تحديدٍ لمدى هذه العناية، التي لم تتضح حدودها، إلا من خلال المحاولات الفقهية المتعددة،ومن خلال الأحكام القضائية التي تبنت الاتجاهات الفقهية ذات الشأن[(4)]، وقبل البحث في المعايير المستخدمة لبيان حدود العناية، لا بد من الإشارة إلى اتجاه بعض الفقه إلى أخذ المعيار التشريعي بالاعتبار[(5)]، والقائم على مخالفة السلوك للنصوص الصريحة في القانون، حيث أن المخالفة تمثل خروجاً عن حدود العناية المطلوبة في السلوك، حتى لا يترتب عليه

---

(1) السنهوري، عبد الرازق: **الوسيط في القانون المدني**. مرجع سابق. ط2004. ص644وراجع تعريف محكمة النقض المصرية للخطأ،حيث يتبين منه حدود العناية إذ تنص على "الخطأ الموجب للمسئولية هو الانحراف عن السلوك العادي المألوف وما يقتضيه من يقظة وتبصر حتى لا يضر بالغير" والصادر بتاريخ 1990/1/15، مجموعة أحكام النقض س/140 عدد/1 ق26 ص115

(2) بوذياب، سلمان: **مبادئ القانون المدني**. ط1. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات. دون سنة نشر. ص156.

(3) راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري والتعليق عليها،حيث تحدد سلوك الرجل الحريص دون تحديد لدرجة الحرص المطلوبة،وذلك في، عبد التواب معوض: المرجع السابق. ص548

(4) راجع النقض المدني الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1968/5/21 رقم 350 المشروح في، جمعة، عبد المعين لطفي: المرجع السابق. ص56

(5) الجمال، مصطفى: **النظرية العامة للالتزامات**. دون ط. الإسكندرية: الدار الجامعية.1987. ص347.

الإضرار بالغير. ولقد أفرزت الاجتهادات الفقهية، التي حاولت إيجاد معيارٍ، يتحدد بـه وجـود التعدي والتجاوز في السلوك من عدمه، اتجاهين أساسيين، أحدهما السلوك المـألوف للفاعـل، والآخر هو السلوك للرجل المألوف أو الإنسان العادي، وسأحلل المعيـارين موضـحةً مزايـا وعيوب كل منهما، وصلاحيته كأساسٍ قانوني ينبني عليه التعدي، وما يتأسس بهذا التعدي مـن خطأ تتأسس به المسئولية التقصيرية.

أولاً: المعيار الشخصي

يقوم هذا المعيار على اعتبار السلوك المألوف للفاعل، المرجع الذي يتحدد بـه وجـود التجاوز أو الانحراف في مقدار العناية المفترضة منه، عند قيامه بممارسة سلوكه، فإن عُـرف عن الفاعل الحرص الشديد والذكاء والفطنة في أموره عامةً، فإن الانحراف البسيط أو التجـاوز عن حدود هذا الحرص واليقظة، يتشكّل به التعدي المؤسس للركن المـادي للخطـأ[1]، أمـا إن عُرف عنه قلّة اليقظة و قلّة والذكاء والإهمال، فإن انحرافه وتجاوزه عما عُرف به، أي أهمـل أكثر من العادة لديه، وكان أقل من فطنته وذكائه المعتاد، يجعله متعدياً أي يُتطلب منـه إهمـالٌ وعدم تبصر كبيرين حتى يكون متعدياً، حيث تتم معاملة الشخص بقدر طاقاته وصفاته التي قـد لا يكون له سيطرة عليها[2]، ومن هذا المنطلق يرى أنصار هذا المعيار عدالةً تكمن في تفعيلـه واستخدامه، حيث يحاسب الفرد وفقاً لمستوى قدراته وطاقاته، وهذا يمثل أحد الوجوه التي تظهر لهذا المعيار، والتي قد تكون مثاراً للجدل، إذ يُشرع التساؤل حول المدى والنسبة التي تتحقق بها العدالة وفقاً لهذا المعيار؟ فلو قلنا بأن العدالة تتحقق في جانب الفاعل، ولا تتحقـق فـي جانـب المضرور، قد يحتج البعض بأن العدالة أمر نسبي، وعليه قد تظهر فـي جانـبٍ أوضـح مـن ظهورها في الجانب الآخر، صحيح، إن العدالة نسبية ولكن، هل الفاعل المتسبب بفعله بالضرر هو الأجدر أن يظهر تحقق العدالة في جانبه على حساب المضرور!؟ ثم، هل نسبية العدالة تبرر أن يكافئ المقصر على تقصيره؟ ! من خلال عدم التشدد معه، ومحاسبة الفطن الحريص علـى حرصه[3]؟!

---

[1] السنهوري، عبد الرازق: **الوسيط**. ط2004. ص 645

[2] السنهوري، عبد الرازق: المرجع السابق. ص646

[3] سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام**. دون ط. الإسكندرية: دار الجامعة الجديـدة. 2004. ص 390

على الأقل يجب في المعيار أن يتساوى فيه الفئة المخاطبة به، وهذا يطرح تساؤل، هو الأجدر بالإجابة في هذا المجال، مع ما يمثله هذا المعيار من سند وقاعدة تتحدد به المسئولية القانونية (التقصيرية)، هل يصح في السند الذي يؤسس ولو بصورة غير مباشرة لمسئوليةٍ قانونيةٍ أن لا يكون مجرداً ويخاطب العموم، فالمعيار الشخصي متغير متبدلٌ، لا يتجرد فيه الشخص من صفاته الخاصة، وعليه لا يتوحد في مخاطبة العموم، ولا يضمن المساواة في التعامل للجميع[1].

ثانياً: المعيار الموضوعي (المجرد)

ابتداء، يجب التنويه أن هذا المعيار هو المعيار العام، حيث يعتبر المعيار الأكثر اعتماداً في الفقه والقضاء، ويتمثل هذا المعيار بالسلوك المألوف للرجل أو الإنسان العادي في ذات الظروف التي أحاطت بالفاعل[2]، بمعنى، في حال وقع الضرر من سلوك ما، تتم مقارنة وقياس السلوك الحاصل بالسلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف، فإن تجاوز بسلوكه هذا المرجع والمعيار،عد متعدياً وتأسس الركن المادي للخطأ، وهو التعدي، أما إذا لم يتجاوز بسلوكه ما كان ليأتيه الرجل العادي من سلوكٍ، فإنّه (الفاعل) غير متعدٍ وعليه غير مخطئ، ولقد استطاع هذا المعيار تجاوز معظم الانتقادات التي أحاطت بالمعيار الشخصي وأضعفته، فهو يتحدد بعنصرين أساسين هما:

1. التجريد، وهو من أهم مقومات السند القانوني، حيث يتجرد الشخص الفاعل من صفاته الخاصة والذاتية من فطنةٍ وذكاءٍ وحرصٍ[3]، وغيرها من الظروف والصفات التي -سأدرس بالتفصيل في المطلب الثاني- وهذا التجريد يضمن وحدته وعدم تعدده من فاعل لآخر وعليه، المساواة أمام هذا المعيار لجميع الفاعلين،حيث يترتب العموم على التجريد وتتحقق بذلك العدالة النسبية، وإن كانت قاصرةً على الفاعلين متجاهلةً المضرورين وتحقيق العدالة فيما يتعلق بهم.

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم: المرجع السابق. ص391.

[2] عدوي، عبد الحميد مصطفى: المرجع السابق. ص417.

[3] العدوي، جلال: المرجع السابق. ص361.

2. الوسطية، حيث يؤسس هذا المعيار، على الوسط في كافة العوامل المؤثرة في السلوك من قدراتٍ ذهنيةٍ وخبراتٍ تراكميةٍ، وحرصٍ ويقظةٍ تُطلب عند القيام بالتصرف والسلوك، وهذه الوسطية تضمن العدالة، حيث يُكلّف العموم بما لا يفوق طاقة الأغلبية[1]، فهو يحاسب على أساس الشريحة الأوسع من الناس، لأن معظم الناس وسطٌ في المدى الذي توجد به هذه الصفات[2]، وما ألفه الناس من سلوك في ذات الظروف، يمثل واجباً على الكافة[3].

مما يراه أنصار هذا المعيار من ميزاتٍ له، أنّه يخرج بالأساس الذي تقوم عليه المسئولية، وهو الخطأ من اعتباره مجرد ظاهرةٍ نفسيةٍ إلى ظاهرةٍ اجتماعيةٍ، تنضبط بها الأوضاع القانونية[4]، برأيي، كونه (السلوك المألوف) ظاهرة اجتماعية تترتب عليها أوضاع قانونيةٌ، أفضل من أن تنبني هذه الأوضاع على عوامل وظواهر نفسية، يصعب تقصيها ومعرفتها إلا بولوج نفس الفاعل -إن أمكن ذلك أصلاً - فالظاهرة الاجتماعية يسهل تعقبها وتتبعها بالمشاهدة والتجربة،ولكن، هل تصلح الظاهرة الاجتماعية ليتشكل بها أساس لوضع قانوني ما، وترتيب ما لهذا الوضع؟ وهل تصلح التجربة والمشاهدة ليتأسس بها وحدها وضع قانوني ما؟ ربما يقول قائل نعم، فالسلوك المألوف يتحدد بقواعدٍ خلقيةٍ وأدبيةٍ، وهذه أهم المصادر الأساسية للقانون، صحيح، ولكنها لا تشكّل مصدراً مباشراً، يقوم بها وضع قانوني ما، فالقاعدة الأدبية الأخلاقية، توجه لكل فردٍ على حدة، فلا يقابلها الواجب ولا تظهر فيها تلك الثنائية التبادلية التي تظهر في العلاقة القانونية، المتمثلة بالحق والواجب[5]، كما أن البعض قد يرى في السلوك المألوف قاعدةً عرفيةً، فهو واجب قانوني مصدره العيش في جماعة[6]، وعليه من يعيش في الجماعة عليه الانتظام بالسلوك السائد في هذه الجماعة، و قد ترتقي بعض قواعده لتشكل جزءاً من النظام العام في هذا المجتمع. إن قلنا بأنّه يمثل عرفاً، العرف يشترط فيه أن

---

(1) العدوي، جلال: المرجع السابق. ص361.

(2) سعد، نبيل إبراهيم: المرجع السابق. ص391.

(3) الجمال، مصطفى: المرجع السابق. ص348.

(4) السنهوري، عبد الرازق: المرجع السابق. ص646.

(5) مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص196.

(6) مرقس،سليمان: المرجع السابق. ص196.

يأخذ شكلاً محدداً مطرداً، ولكن، السلوك المألوف لا يطرد على ذات نحو ما هـو كـائن فـي القواعد العرفية، فهذه يستمر التعامل بها في إطارٍ عامٍ محددٍ، ولكن السلوك المألوف لا يمثل تلك القاعدة أو الحالة العامة، فكل وضعٍ يوجد فيه، يمكن أن يسمى سلوكاً مألوفاً، وحتـى الوضـع الواحد يتغير فيه السلوك المألوف بتغير الظروف المحيطة بكل وضعٍ على حدة، وما يمكـن أن تحكمه من حيثياتٍ وتفاصيلٍ دقيقةٍ جداً، كما أن النظام العام يعبر عن مفاهيم راسخةٍ وثابتةٍ فـي المجتمع، وعليه لا يمكن أن يتشكل به قاعدة من قواعد النظام العام، حيث قواعده تفتقـر إلـى الثبات والاطراد، والى أهم ميزةٍ، وهي الرسوخ في ضمير المجتمع.

الدكتور مرقس يرد على المنتقدين لهذا المعيار، ومدى صلاحيته ليشكّل وضعاً وحالـةً قانونيةً بأن هذا المعيار، لا ينشئ الالتزامات أو الأوضاع القانونية، بل يحدد مداها، لأن القانون هو الذي يجعل من السلوك المألوف مصدرا يتحدد به المدى الكمي للالتزامات ولا يتحدد به نوع هذه الالتزامات، المحدد ابتداء في القانون، إذن هو لا ُينشئ التعدي، ولكنّه يمثل وسيلة القاضـي في تحديد المدى الكمي لا النوعي للواجبات المستندة في وجودها إلى القانون[1].

واضح أن ما يطرحه الدكتور مرقس، يشكّل امتداداً لما يراه من أساسٍ لوجـود الخطـأ الذي تقوم به المسئولية، وهو المتمثل بفكرة الحقوق والواجبات المتقابلة، فمعيار السلوك المألوف يحدد مدى الواجبات التي يتعين على المتسبب بالضرر مراعاتها أثناء ممارسته لحقه بحيـث لا تتعارض مع حق الغير. صحيح أن الواجب محدد في القانون وأن المعيار يتحدد به مـدى هـذا الالتزام (العناية)، إذا سلمنا بأن هذا التحليل صحيح[2]، هل يكفي هذا المعيار بضبابيته ليكشف، ولا أقول ُيوجد، وضعاً قانونياً؟ السلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف، من هو الرجل العادي؟ هو الإنسان الوسط في صفاته الذهنية، من ذكاءٍ وفطنةٍ وهو الوسط فـي قدراتـه مـن حرص ويقظة. ربما يقترب هذا التعريف، إلى أوضح ما يمكن الوصـول إليـه مـن تعريـفٍ للوسطية التي تمثل العموم، لكن هل الأفراد كلهم يشكّلون جماعةً واحدةً لها عينةٌ وسطيةٌ واحدةٌ،

---

[1] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص 204 و ص205

[2] أنظر المحاقري، إسماعيل محمد علي، واختلاف الآراء حيث يرى في المعيار المجرد وسيلة تتحدد بها الواجبات، فـي المرجع السابق. ص56

تمثل العادي بينهم؟ الاختلاف سمة أساسية من سمات النسيج الاجتماعي، وعليه فالمجتمع الواحد يتشكل من خليط، حتى وإن أمكن المقاربة بين مجموعة وأخرى في هذا النسيج، لإعطائها مميزاً ما يجمع بينها، إذ لا يمكن مع هذه المقاربة الافتراض أن الرجل العادي واحد لجميع أفراد المجتمع، لأنّه ليس لأفراد المجتمع نموذجاً يمثلهم جميعاً، فالمجتمع يتكون من طوائفٍ وفئاتٍ مختلفةٍ[1].

إذن الرجل العادي متعددٌ، كما أن السلوك لهذا الرجل متغير متعدد بحسب ما يتأثر به من الظروف المختلفة - وهو ما ستتم دراسته بالتفصيل في المطلب اللاحق – وعليه فهو معيار تنقصه الدقة في تحديده ابتداء، حتى يتم القياس عليه لاحقاً، فهل تصلح الظواهر الإنسانية بتغيرها وعدم انضباط حركتها نتيجةً لتغير العوامل المؤثرة فيها، لا بل نتيجةً لاختلاف طبيعة التأثر بهذه العوامل من حالة لأخرى، فالمتغير لا يمكن ضبطه أو حتى ضبط العوامل المؤثرة فيه، أو حتى طبيعة وشكل هذا التأثر، لتشكيل قاعدة قياس، التي لن تكون بالدقة المرجو أن يتشكل بها معيار قانوني، وإن جرت محاولةٌ للتخلص من هذا الافتقار إلى الدقة، بإرجاع عملية القياس إلى سلطة وصلاحية القاضي، حسب كل واقعةٍ على حدة وتبعاً لاختلاف حيثيات ومؤثرات كل قضية[2]، فعلى ماذا سيعتمد القاضي في تحديده للسلوك المألوف وقياس السلوك الحاصل عليه، والخروج بنتيجة لها احتمالان، أن يوجد التعدي أو لا يوجد التعدي؟ على منظاره الشخصي وتقديره للأمور، دون ضابطٍ متعلقٍ بما يُراد الوصول إليه، لا، فهنا سيظهر أثر ثقافة وبيئة القاضي على حكمه، مما سيسمح بتعدد الآراء[3]. إن طبيعة وظيفة القضاء تقتضي التزام الموضوعية، والانطلاق لتحقيق ذلك بالاعتماد على مقاييس ومرجعياتٍ أكثر موضوعية وعمومية، تقارب النصوص القانونية الصريحة بهذا الوصف، وهما هنا وحسب الفقه[4] العرف والعادة في ظل ذات الظروف، خاصةً وأن العرف مصدر من مصادر القانون، فالقاضي عليه أن يرى الأمور بمنظار المجتمع لها، لا كما يستنتجها هو، أي أن العرف والعادة يتحدد بهما

[1] السنهوري: المرجع السابق. ص650.
[2] سعد، نبيل إبراهيم: المرجع السابق. ص394.
[3] العوجي، مصطفى: المرجع السابق. ص257.
[4] الجمال، مصطفى: المرجع السابق. ص350.

صلاحياته بالاستنتاج. برأيي هذه الصلاحيات واسعةٌ أكثر مما ينبغي، خاصةً مع اعتبار نتائجها من الأمور الواقعية التي لا تُنقض[1].

المطلب الثاني: الظروف المعتد بتأثيرها على السلوك

افتراض السلوك المألوف للرجل العادي، بأنّـه المتغيـر محـل الدراسـة فـي هـذا المبحث،يفرض دراسة العوامل المؤثرة فيه، والتي تتحدد بها طبيعة المسار والاتجاه الذي يتخذه المتغير، بما أن السلوك المألوف يمثل حالةً اجتماعيةً، فأول ما يؤثر فيه عوامل الزمان والمكان كعوامل ومؤثراتٍ خارجيةٍ عن الشخص الذي يقوم بهذا السلوك، وبما أن السلوك هو ما ألف من الرجل العادي، فلا تأثير للعوامل الداخلية في شخص الفاعل على وصف الفعل بالتعدي،إذا لـم تماثل العوامل في الشخص العادي، وبمنهجية عامة ومنظمة أكثر، يجب القول بوجود عوامـل مؤثرة في السلوك، بعضها يعتد بتأثيرها وبعضها لا يعتد بتأثيرها،على الرغم من أنّها قد تكـون أحد العوامل التي أعطت السلوك الشكل الذي خرج فيه، وهذه الظروف – وسأستخدم مـصطلح الظروف للدلالة على العوامل لاعتبارها أكثر ملاءمة في حال كان محل البحث ظاهرةً اجتماعية لا ظاهرةً طبيعية - انقسمت إلى قسمين هما:

التقسيم الأول: والذي يعتمد مدى التصاق هذه الظروف بشخص الفاعل، أو التصاقها بـالمحيط الذي وقع فيه الفعل[2] وهي على النحو التالي:

أولاً: الظروف الخارجية، ويقصد بها الظرف الزماني، أي الزمن الذي وقع فيه السلوك هل وقع في الليل أم في النهار، أو متعلقة بالمكان الذي تم فيه السلوك، ولقد عرفها الفقه بأنها ما خـرج عن ميزات الشخص وصفاته وخصائصه الطبيعية[3]، فمثلاً السير في الليل يتطلب مـن عنايـةٍ وشكلٍ في السلوك، لا تتطلبه القيادة في النهار، والقيادة في وقت الظهيرة في الزحام فـي أحـد

---

[1] سعد، نبيل إبراهيم: المرجع السابق. ص394.وراج نقض مدني الصادر بتاريخ 1990/5/23.مجموعة أحكام الـنقض س/41 ق/202ص184

[2] أبو ملوح، موسى سلمان: **شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني. مصادر الالتزام**. ط1.غـزة: منـشورات جامعـة الأزهر 2003/2002. ص296.

[3] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص218.

الشوارع الرئيسية، تختلف عن القيادة ومقدار الحذر والعناية إن كانت في شـارع فرعـي بعـد منتصف الليل.

ثانياً: الظروف الداخلية أو الخاصة، وهي ما كانت من خصائص مرتكـب الـسلوك وميزاتـه الشخصية[1]، وهي مؤثراتٌ شديدة وضوح الأثر في طبيعة وشكل السلوك الذي يقع من الفاعل، فمقدار فطنته وذكائه وحرصه ويقظته، أهم المؤثرات والعوامل في إخراج السلوك بالشكل الذي ظهر به.

السؤال الذي يطرح بعد بيان هذه العوامل وبيان مدى تأثيرها الواضح في سلوك الفـرد، هل يعتد بها في عملية القياس، التي تتم لتحديد وجود التعدي في السلوك من عدم وجوده، قياسـاً إلى المعيار المعتمد وهو السلوك المعتاد للرجل العادي؟

توافقاً مع المعيار، فإنّه من الطبيعي عدم الاعتداد بالظروف الداخلية، لأنه معيار مجـرد من كل الميزات والخصائص، التي يتباين بها شخص عن آخر، فلا يعتد بمقدار فطنة الفاعل أو بمقدار حرصه، أو أي من قدراته الذهنية وخبراته الشخصية، ولكن العوامل التي تتماشـى مـع المعيار وموضوعيته، حيث يتساوى في وجودهم بها كافة الفاعلين، هـي العوامـل الخارجيـة. (الزمان والمكان)، ويرى الدكتور عاطف النقيب في الظروف الواجـب الاعتـداد بهـا، "أنّهـا الظروف التي تلازم الحادث في تسلسل وقائعـه ومكـان حـصوله وزمانـه، وتخـرج مـن هذه،الظروف المتعلقة بطباع وخصائص الفاعل النفسية، كأن يكون حـاد الطبـاع أو مرهـف الحس[2]، إذن، هو لا يقصر الظروف والعوامل الخارجية على الزمان والمكان، بل يجعل كافـة الظروف خارجية، إلا ما تعلق منها بالظروف النفسية، أي اعتداد بالـسن والمـرض، ورغـم منطقية هذا التقسيم، حيث لا يتجاهل العديد من الظروف الداخلية كبيرة الأثر في شكل الـسلوك إلا أنه، يخرج بالمعيار عن وصفه بالمجرد أو الموضوعي.

---

(1) مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص219

(2) النقيب،عاطف: المرجع السابق. ص137

إذن الظروف الداخلية تتميز عن الخارجية، دون الاتفاق الدقيق على أيها داخلي وأيهـا خارجي، وإن كان المعظم يرى الاعتداد بالظروف التي أحاطت بالفاعل[1]، وهي على الأرجـح ظروف الزمان والمكان، حيث يظهر ذلك من وصف الإحاطة[2]، كما أن الظرف ذاته (وإن كان الفقه حصرها في ظروف السن والحالة الاجتماعية والجنس) مرةً يكون ظرفاً داخلياً، وفي حالة أخرى يصبح ظرفاً خارجياً، وذلك حسب السلوك خصوصه وعمومه، فإن كان سلوكاً خاصاً بفئةٍ معينةٍ، مثلاً سلوك لا يأتيه سوى الصغار، أو سلوك لا يأتيه سوى النساء، فالجنس والـسن فـي هذين المثلين يعتبران ظروفاً خارجيةً لا داخليةً، إذن يعتد به عند القياس[3]، حيث يكون السلوك المألوف للرجل العادي ما يسلكه الأطفال العاديين في ذات الظروف، وهذا يرجعنا إلى اعتبـار المجتمع طائفةً واحدةً لها مقياس واحد، وقد يكون السلوك ليس حكراً علـى أحـد،حيث يأتيـه المجموع العام من الناس، دون أن يختص به طائفةٌ أو جماعةٌ دون الأخرى، وعليه يكون الجنس والسن والحالة الاجتماعية ظروفاً داخليةً، لا تدخل في القياس[4]، فمثلاً قيادة الـسيارة سـلوك لا تختص به فئةٌ دون أخرى، فلا اعتداد بجنس أو سن السائق عند قياس مدى التعدي في سلوكه.

تعمدت عدم القول أنّه في العوامل الخارجية، يتساوى الجميـع بتأثيرهـا علـيهم، لأن وجودهم جميعاً فيها لا يعني تساوي تأثرهم بها، أو اتخاذ الأثر ذات الطبيعة والمقدار[5]، فقـد لا يتأثر أحد الفاعلين بها على الإطلاق، فالاعتداد بها قائم على شكل نظري محض،حيث ُيفتـرض أن الرجل العادي سيتأثر بها بشكل وبمقدار معينين، وهو ما لا يتحقق في الواقـع حتـى لـدى الرجل العادي المرجع والمعيار، وعليه يصعب فعلياً ضبط هذا السلوك، والشكل المألوف الـذي يتخذه في العادة، حيث يصعب ضبط المؤثرات في أي ظاهرة اجتماعية، أو التنبؤ بالأثر الفعلي الواقع لهذه المؤثرات، خاصةً والتغير في قبول أو عدم قبول الـسلوك اجتماعيـاً أهـم سـمات

---

(1) راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1966/3/22مجموعة أحكام النقض /17،ص636 حيث لا يسمي الظروف الخارجية صراحة أنها الظروف المعتد بها، ولكن يشير إلى الظروف المحيطة بالفاعل.

(2) راجع حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1969/6/26مجموعة أحكام النقض /20 ص1066،حيث يوضح صراحة الاعتداد بالظروف الخارجية فقط.

(3) الصدة، عبد المنعم فرج: المرجع السابق. ص545.

(4) السنهوري، عبد الرازق: الوسيط. ط3 سنة1987. ص1092

(5) مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص 222.

الظاهرة الاجتماعية المتغيرة بتغير الأزمنة والأمكنة. فما يقبل اليوم قد لا يقبل غداً، وما يقبل في مكان لا يقبل في مكان آخر.

يعيب الدكتور مرقس على هذا التقسيم للظروف (الخارجي والداخلي)، أنّه يصعب إيجاد الحد الفاصل والدقيق الذي يتميز به كلٌ عن الآخر، كما أن الظرف الداخلي في معظم الحـالات هو صاحب الأثر الأكبر في مسار السلوك، وأن هناك اعتداد فعلي، في معظم الأحيان بالظروف الداخلية، خاصةً ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعيـة[1]، وأجـد أن الـسبب فـي هـذه الانتقادات، ينطلق من فكرة الدكتور مرقس حول كل من الظرف الداخلي والخـارجي وحـصر الأخير بما خرج عن خصائص الشخص، وحصر الثاني بما تعلّـق بخصائـصه الطبيعيـة،فهو ُيخرج الكثير من الظروف من دائرة الاعتداد بها، فتنشأ هذه الانتقادات، ولكن لو عدنا لمفهـوم الدكتور النقيب للموضوع، فهو يتجنب مشكلة التقسيم كما يتجنب الاعتداد بـالظروف الداخليـة لأنها وفقاً لتقسيمه ليست داخلية، وقد يكون أهم الانتقادات التي وجهها الـدكتور مـرقس، هـو تبادلية العلاقة بين الحق والواجب، فلماذا لا يكون اعتداد واعتبار لظروف المضرور،ومن هنـا يطرح الدكتور مرقس[2]، والعديد من الفقهاء[3] تقسيماً آخر وهو تقسيم الظروف المعتد بتأثيرها إلى ظروفٍ ظاهرةٍ وظروفٍ غير ظاهرةٍ.

التقسيم الثاني: ويعتمد على ظهور أو عدم ظهور الظروف المـؤثرة للمـضرور والمـسئول، بمعنى أن هناك الكثير من الظروف المؤثرة في اتجاه ومـسار الـسلوك، ولكـن لا يعتـد إلا بالظروف الظاهرة لطرفي العلاقة، والسبب في الاعتداد بالظروف الظاهرة دون غيرها أنها دون غيرها تدخل في حساب وتقدير الطرفين عند القيام بالسلوك، واشتراط علم الطرفين بها مترتـب وناتج عن الصفة الثنائية في العلاقة بين الحق والواجب[4]، حيث العلـم بـالظروف لـه الأثـر الواضح في تحديد المدى الذي يستطيع الحق أن يمتد به على حساب الواجب، والعكس صحيح،

---

[1] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص 218.

[2] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص 227.

[3] العدوي، جلال: المرجع السابق. ص361.

[4] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص196.

وهي برأيي تُرد أيضاً إلى تعريف الخطأ أنه إخلال بالثقة المشروعة، فالثقة تنبني علـى العلـم، وأهمية العلم تظهر في أن يكون محله الظروف المؤثرة في السلوك ومساره، فكل طـرفٍ فـي العلاقة، يرتب وضعه ومدى ثقته على ما يعلمه. ولكن المهم في هذا الوضع هو علم المضرور، لأن السلوك سيكون من الطرف المقابل، وعليه تصرفه، هو الذي سيوضع في القياس والدراسة إن كان يشكّل تعدياً أم لا، فظروف الفاعل التي تكون منظورةً للمضرور هي التي تُبنى عليهـا ثقة هذا الأخير وتوقعاته بما سيكون عليه شكل سلوك الفاعل[1]، وعليه يتحدد التعـدي بتجـاوز سلوك الرجل العادي في مثل الظروف الظاهرة، التي أثّرت في الـسلوك وأحاطـت به،سـواء أحاطت بالفاعل أم أحاطت بالفعل،أي تتساوى في كونها ظروفاً داخليةً أو ظروفاً خارجيةً، طالما كانت منظورةً للمضرور، على الرغم من القول بأن الظروف الخارجية هي التي ُتنظر من قبـل المضرور[2]، ولكن برأيي ليس بالضرورة أن تكون وحدها الظروف الخارجية هي المنظـورة، فقد توجد العديد من الظروف الداخلية اللصيقة بخصائص الفاعل من سـنٍ أو مـرضٍ أو علـمٍ وتكون ظاهرة للمضرور، وعليه فإن هذا التقسيم إنما هو محاولة للتوسع في الظـروف المعتـد بها، فهل يمكن أن نتجاهل صفة التخصص في الطبيب،عند وضع سلوكه في موضع القياس، فما يتوقع من الطبيب المختص، يخالف ما يتوقع من الطبيب العام وعليه ما يطالب به مـن العنايـة والحرص يختلف في مقداره عما يمكن أن يطالب به الطبيب العام[3].

وينتقد البعض التقسيم على أساس الظاهر وغير الظاهر، بأن ما يكون ظاهراً لمضرور لا يكون ظاهراً لآخر[4]، فما الضابط لذلك؟، وهل كل ظرفٍ ظاهرٍ هو ظرف مؤثر بالضرورة؟ ثم ما تأثير علم المضرور في وصف سلوك مرتكب الفعل الضار بأنه تعدٍ؟ برأيي التقسيم الأول أكثر نجاعةً، ولو بصورة جزئية، خاصةً مع فهمٍ مماثلٍ لفهم الدكتور النقيب.

---

[1] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص225.

[2] مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص227.

[3] العدوي، جلال: المرجع السابق. ص362.

[4] العدوي، جلال: المرجع السابق. ص362.

المبحث الثاني

التعدي في القانون المدني الأردني

المقارنة بين نظامين مختلفين، من أقدر المناهج على إبراز خصائص كلٍ من النظامين ومدى التمايز بينهما، فالأشياء عموماً تظهر بوضوحٍ أكبر عند اقترانها بأضدادها وما يخالفها، وكون الدراسة في الرسالة متعلقة بصلاحية الخطأ كأساس للمسئولية التقصيرية، فلا بد لإيجاد إجابةٍ -مستندةٍ إلى تحليلٍ علمي- البحث في المقابل لما هو محلٌ للدراسة، ضمن أنظمة قانونية أخرى، وبما أن القوانين المنبثقة والمتأثرة بالنظام اللاتيني، تتبنى ذات الأساس للمسئولية التقصيرية، وهو الخطأ، أفترض للتمكن من المقارنة البحث في الاتجاه المقابل، والذي يظهر مبدئياً في القانون المدني الأردني، الذي يقيم المسئولية ويؤسسها على الضرر، وهو ما سيكون محلاً للتحليل لبيان مدى صحته، وابتداء مدى تحقق الفكرة في القانون المدني الأردني، وبما أن الخطأ ليس له وجود في القانون المدني الأردني بذات المعنى الذي له في القانون المدني المصري واعتباره أساساً للمسئولية التقصيرية، فلم اتجه إلى المقارنة، ولكن، التعدي اصطلاح له وجود في القانون المدني الأردني، ولا يستقيم هذا البحث ولا تتحقق نتائجه إلا من خلال الدراسة التحليلية لمفهومه، بالإضافة إلى دراسة بعض المصطلحات التي اختص بها القانون المدني الأردني كالإضرار والتعمد، لما لذلك من أهمية ستظهر في موضع التحليل وسأدرس في المبحث أيضاً، الحالات التي يشترط فيها التعدي لقيام المسئولية، وما يترتب على ذلك من نتائج، مع الرجوع بالضرورة عند اللزوم إلى المصدر المستمد منه قواعد القانون المدني الأردني، وهو فقه الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم التعدي في القانون المدني الأردني

البحث في مفهوم التعدي من وجهة القانون المدني الأردني، يتطلب الرجوع إلي المصدر الأساسي للموضوع، ويعتبر الفقه الإسلامي، من أهم هذه المصادر، لذلك لا بد من تحليلٍ ودراسةٍ للتعدي من وجهة نظر فقهاء الشريعة.

التعدد في فهم التعدي، موجود لدى الفقه المقابل للفقه الغربي، إذ يمكن القول بوجود ثلاثة محاورٍ أساسية لمفهوم التعدي على الرغم من الاختلاف في عملية صياغة التعريفات في كل محور، وهذه المحاور هي:

المحور الأول: والذي يرى تحقق التعدي بتحقق الفعل الضار، طالما لم يُجز الفعل الذي ترتب عليه الضرر شرعاً، إذ يعرفه الدكتور الزحيلي بأنّه" العمل الضار دون حق أو جواز شرعي"[(1)]، ويتضح من هذا التعريف أن كل فعلٍ ضارٍ يشكّل تعدياً ابتداء، ويبقى كذلك إذا لم يتبعه إجازةً شرعيةً، أو كان الفعل بطبيعته حقاً ضمنه الشرع للفاعل، وهذا التعريف يقابل أحد التعريفين الذين يراهما الدكتور الزرقاء للتعدي، فالدكتور الزرقاء يرى معنيين للتعدي يتحقق أحدهما بمجرد تحقق "المجاوزة الفعلية لحقٍ معصومٍ"[(2)]، أي أن كل فعلٍ ضارٍ يشكّل تعدياً لتحقق التجاوز الفعلي المادي على حق الغير عند تحققه، وبرأيي العلّة في إعطائه هذا المعنى ناتج من إقامة الضمان على الضرر، فهو تأكيد لهذا الأساس وتدعيم له، حتى أن البعض يعرفه بأنّه، "السبب في حدوث الضمان والعلة في حصول الضرر"[(3)]، فكونه سبب في حدوث الضمان فهو ركن لقيام الضمان وأساس له، وكونه علة حدوث الضرر فهو الفعل الذي أنتج الضرر، فهل يؤسس الضمان على الفعل الضار؟ لا، فالضمان كحكمٍ ومنهج جاء من أجل ضمان عدم الإضرار بالغير، بصورةٍ مطلقةٍ دون اشتراط وصفٍ متعلقٍ بالفعل الذي يعد الضرر نتيجةً مباشرةً له، ودون تعلّق نتيجة الالتزام بعدم الإضرار بالغير بسلوكٍ معينٍ أو عنايةٍ معينةٍ، أي أن التزام عدم الإضرار بالغير في الشريعة الإسلامية يعد التزاماً بتحقيق نتيجة، ولكن الالتزام بعدم الإضرار بالغير يستمد مصدره من قاعدة عامة ميزته بحيث أعطته خصائص الالتزام أو الخطاب الوضعي وليس الخطاب الحكمي والتكليفي[(4)]، والذي يرتكز لوجوده على خطاب المكلف دون غيره، وهذه القاعدة هي عصمة حق الغير وحرمته، فالغاية من الضمان تنفصل

---

(1) الزحيلي، وهبة: المرجع السابق. ص462

(2) الزرقاء، مصطفى أحمد: **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد.ج2. المدخل الفقهي العام**. ط7. دمشق: مطبعة جامعة دمشق. 1963. ص1040

(3) فيض ا ، محمد فوزي: **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. محاضرات في كلية الحقوق جامعة الكويت**. دون ط. دون ناشر. 1982/1981. ص18

(4) راجع ص 30 من الرسالة

تماماً عن غاية الردع والعقاب، وعليه لا يقوم الضمان على الفعـل ولا يـشترط فيـه تمييـز لاختلاف مضمون التكليف فيه ويظهر من هذه الخصائص المتعلقة بمنهج الضمان فاعليـة هـذا المنهج في تحقيق الغاية المفترضة من المسئولية التقصيرية، وتجنبه لكافة النواقص والتناقضات التي اعترت منهج المسئولية وأركان وجودها مع الغاية المفترضة منها. مما يدفع إلـى التأكيـد على أفضلية وتفوق منهج الضمان على منهج المسئولية وسلاسته في إعادة التوازن للذمم المالية، وتناسقه كوسيلة مع الغاية المفترضة له.

المحور الثاني: والذي يرى التعدي متحققاً عند مخالفة النص الـشرعي الـصريح، أو القاعـدة الشرعية الآمرة، إذ يعرفه بأنه " إحداث عملٍ لم يأذن به الشرع"[1]، ويعرفه الدكتور سـوار أو يوضح مفهومه باعتباره متحققاً عندما لا يكون للفاعل حقٌ في إجراء الفعل الذي حـصل منـه الضرر[2]، واعتبره بهذا التعريف ركناً في التعدي، ولو دققنا لوجدنا أنه يكاد يماثـل التعريـف الأول من أن التعدي هو الفعل الضار دون حقٍ أو جوازٍ شرعي، ولكن، فيه تسبق عدم أحقيـة القيام بالفعل على كونه فعلاً نتج منه الضرر، فكأنه لا حقّ في القيام به ابتداء سواء تحقق عنـه الضرر أم لم يتحقق، أي أن الضرر ليس سبباً لعدم مشروعيته أو عدم أحقية القيام بـه، وهـذا المفهوم للتعدي يماثل فكرة اشتراط مخالفة النص القانوني الصريح لاعتبار الفعل خطأ.

المحور الثالث: و يرى أنصاره أن التعدي بشكلٍ أو بآخر يقارب إن لم يكن يماثل مفهوم التعدي في القانون الوضعي، إذ يعرفه بأنّه "تجاوز لحدود الشرع أو العرف أو العادة"[3]، وهو مماثلٌ في مضمونه للتعريف الثاني الذي تبناه الدكتور الزرقاء[4]، والحدود التي يجاوزهـا الفاعـل فـي التعريف والتي يقوم بها التعدي، هي الحدود التي يلتزمها الرجل العادي في أفعاله، فإن تجاوزها الفاعل خالف ما التزم به الرجل العادي في سلوكه، وبذلك يكون المقياس والمعيار في وقوع هذا

---

[1] حليلو، مصطفى عبد القادر: **عناصر المسئولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري** (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن. 1999. ص33

[2] سوار، محمد وحيد الدين: **الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة**. دون ط. أبو ظبي: دار المتنبي للنشر والتوزيع. 1988. ص90+ص91

[3] حليلو، مصطفى عبد القادر: المرجع السابق. ص33

[4] الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص1040

التجاوز من عدم وقوعه، هو السلوك المألوف أو المعتاد للرجل العادي[1]، ويـرون فـي هـذا المعنى للتعدي، لا بل لاصطلاح التعدي، ميزةً استثنائيةً كونه يشكّل دلالةً واضحةً على اسـتبعاد العنصر النفسي في الضمان والمسئولية[2]، مما يعطي المعيار تجرداً وموضوعيةً لا لبس فيهما، إذ يرى أنصار هذا التعريف، أنّه جاء نتيجة التوسع في معطيات المفهوم في الشريعة الإسلامية، وذلك التوسع أمر طبيعي لانعدام إمكانية حصر القواعد التي يشكل خرقها تعدياً، كما أن التوسع يظهر من خلال التركيز على الجانب الموضوعي من الفعل وإهمال الجانب النفـسي، المتمثـل بالتمييز، وهذا يدفع لطرح العديد من التساؤلات، ما هو أساس الضمان فـي القـانون المـدني الأردني و هل هو التعدي أم الضرر؟ وهل يشترط التعدي للضمان بغض النظر عن الشكل الذي وجدت به علاقة السببية.

ابتداء، أرى أن الأسئلة التي طرحتها سابقاً، يمكن اختصارها في سؤالٍ واحدٍ شامل، ما هو التوجه الفعلي للقانون المدني الأردني؟، وهل هو توجه موحد للأخذ بالفقه الشرعي ومعتبراً إياه أهم المصادر في الموضوع محل الدراسة، أم متعدد التوجهات؟ وإن كان كذلك، فما مـدى التلاؤم الذي حرص عليه عند تبنيه للمنهجين الوضعي والشرعي معاً؟ سأحاول الإجابة عن هذا السؤال فيما يلي.

عند الرجوع إلى العناوين الأساسية المستخدمة في القانون المدني الأردني، أجد استخدام مصطلح الضمان على امتداد النصوص من مادة /256 إلى المادة /271، ثـم يبـدأ باسـتخدام مصطلح المسئولية المدنية، سواء عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير، وهنا التساؤل. ما حقيقة توجه القانون المدني الأردني في هذا الشأن؟ خاصةً وأن هناك فرقٌ واضح بين المصطلحين في المعنى، وفي الأحكام المترتبة على كل منهما، وكذلك في الأسس النظرية والعملية لوجود كـلٍ منهما؟. ثم، وبالرجوع على التفصيل لنصوص المواد، أجد في نص المادة /256، قيام الضمان

---

[1] أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 809 /1986 مجلة النقابة 1989. ص267 وراجع، خصاونة، مها يوسف: **فعل المباشرة والتسبب في الإضرار غير المشروع في القانون المدني الأردني**. (رسالة ماجستير غير منـشورة) جامعـة آل البيت. مؤتة. الأردن. 2000. ص21.

[2] المحاقري، إسماعيل محمد علي: المرجع السابق. ص56

–حسب ما ورد صراحة في نص المادة – على أساس الإضرار، فماذا يقصد بالإضرار؟ هل هو كل فعل ضار، استناداً للعنوان العام للفصل الواردة فيه هذه المادة؟ وبالتالي إقامة الضمان على الإضرار بمعنى الضرر، تجاوزاً لأن الضرر لا يتحقق دون فعل، والفعل ضار بنتيجته لا بطبيعته، أم عن ماذا يعبر وماذا يُراد به؟ حقيقةً، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، أوضحت المرادن بأن حاولت التقريب لبيان معنى ومفهوم الإضرار بالقول " لفظ الإضرار في هذا المجال يغني عن سائر النعوت والكنى التي تخطر للبعض في معرض التعبير كاصطلاح "العمل غير المشروع" أو "العمل المخالف للقانون " أو "العمل الذي يحرمه القانون" الخ..... وغني عن البيان سرد الأعمال التي يتحقق فيها معنى الإضرار..... فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الإضرار ويقتضي هذا الالتزام تبصراً في التصرف، يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص[(1)].

الإضرار بهذا المعنى، يشكّل الركن الذي يقوم به الضمان، وهو بهذا المعنى على اختلاف التسميات والمصطلحات يُقيم الضمان على الخطأ وهو ما يتناقض مع طبيعة الضمان، دون البحث في تفصيل مضمون ما ورد في المذكرة الإيضاحية من شبه تماثل لما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، الذي يتبنى الفقه الغربي أو بتعبير أدق الفقه اللاتيني المقيم للمسئولية على الخطأ، والذي يقوم بدوره (وأقصد الخطأ) على عدم بذل العناية اللازمة لتجنب إلحاق الضرر بالغير، حتى أن المشرع الأردني لم يحاول التخلص من هذا التناقض بين تأسيس الضمان على الضرر و إعطاء الإضرار الذي هو الركن المؤسس للضمان مضمون معنى الخطأ[(2)]، هذا بالقول أن عدم الإضرار هو الالتزام، وهو التزام بتحقيق غاية حيث يترتب على كل إلحاق للضرر بالغير الضمان، ولكنه بذلك لا يقيم الضمان على الضرر بل على الخطأ المتحقق بتحقق الفعل الضار، أي كأنّه أقامه على الفعل الضار، وهو أيضاً يختلف عن القيام على الضرر. ولكن كما أسلفت، هو لم ينص على ذلك لا من قريب ولا من بعيد، بل

---

(1) الفكاهاني، حسن، وآخرون: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني**. مرجع سابق. ص1256.

(2) راجع قرار محكمة التمييز الأردنية رقم /316 /96. **مجلة نقابة المحامين**: ص146 لسنة 1996، والذي تتحدث فيه المحكمة عن ضرورة ثبوت الخطأ حتى يتم القضاء بالمسئولية.وقرار1997/741ص4611

استغرق في التأكيد على معنى الخطأ في شرحه لمعنى الإضرار، وهذا يتنافى مع طبيعة الضمان وقيامه على الضرر وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

وأتساءل، ما علاقة معنى ومفهوم الإضرار بموضوع المبحث؟ الجواب إن التعدي بمفهومه الأول – المجاوزة الفعلية إلى حق الغير – أو بمفهومه الثالث، وهو المفهوم الذي تبناه القانون الأردني والقضاء الأردني كمعنى للإضرار، وهو الانحراف والتجاوز على السلوك المعتاد للرجل العادي لا قيمة فعلية حقيقة لهما في قيام أو عدم قيام الضمان، فالإضرار بمعناه هذا يغني عن التعدي، بمعناه الثاني حيث يماثله في المعنى والغاية، ويغني عن المعنى الأول لأنه محصل الوجود في الضرر، فلا تحقق للتجاوز الفعلي على الغير، إلا بإلحاق الضرر بالغير، إذن ما المقصود بالتعدي كمصطلح ورد في نصوص القانون المدني الأردني، وأين يشترط تواجده لقيام الضمان؟ وما القيمة الفعلية لاشتراطه؟ هذه الأسئلة التي سأحاول الإجابة عليها في المطلب الثاني من هذا المبحث في القانون المدني الأردني.

المطلب الثاني: حالات اشتراط التعدي

ميز المشرع الأردني، وعلى غرار ما جاء به الفقه الإسلامي بين الأشكال المختلفة التي تتحقق بها العلاقة بين الفعل ونتيجته (العلاقة السببية) فقد تكون العلاقة مباشرة، لم يتخللها شيء بين الفعل ونتيجته، وقد تكون غير مباشرة، أو ما أُصطلح على تسميته بالتسبب، وأساس التمييز بين هذه الأشكال لا يقتصر على مفهومها والقصد منها، ولكنّه يمتد ليتركّز في طبيعة التعامل معهما، وطبيعة الشروط اللازمة في كلتا الحالتين لتحقق الضمان، ومن أهم الشروط التي يظهر فيها الاختلاف في التعامل مع حالتي المباشرة والتسبب ليقوم الضمان بهما، التعدي والتعمد وسأعمل على دراسة هذه الشروط على التفصيل بهدف التحقق من الحالات التي يشترط للضمان فيها وجود التعدي، بشكلٍ متسلسلٍ مبتدئة بالمباشرة في الفرع الأول، ومنهية بالتسبب في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حالة المباشرة

يتوجب الابتداء بالمباشرة، لما تمثله من الحالة العامة لقيام الضمان، إذ أنّها تشكّل الحالة العامة الأكثر حصولاً في الواقع، فما هو المقصود بالمباشرة؟ المباشرة اصطلاح للتعبير عن طبيعة العلاقة بين الفعل ونتيجته، ولقد ُوجدت العديد من المحاولات الهادفة لبيان المقصود بهذا المصطلح، ومن هذه المحاولات القول، بأن المباشرة هي "علّة التلف"[1]، أي إمكانية نسبة التلف إلى الفعل في العرف والعادة، أو القول بأن الإضرار بالمباشرة هو الفعل الذي يفضي عادة إلى الإتلاف دون أن يتخلل الفعل والنتيجة ما يمكن إحالة الحكم إليه[2]، ككسر الإناء.

تنص الفقرة الثانية من المادة /257 من القانون المدني الأردني صراحةً على عدم وجود شروطٍ تتعلق بالفعل أو بالفاعل حتى يقوم الضمان، إن نتج الضرر عن الفعل أو الإضرار بالمباشرة - الإضرار فالإضرار ليس مجرداً كما الفعل -، إذن الإضرار بالمباشرة لا شرط فيه لقيام الضمان، وهذا ما تبناه بعض الفقه[3]، حيث يعتبر المباشر ضامن تعدى أم لم يتعد تعمد أم لم يتعمد، ويستندون في ذلك إلى أن المباشرة علةٌ مستقلةٌ، وسبب للضرر، فلا حاجة للتعدي أو التعمد[4]، وهذا الأمر صحيح تماماً، إذا ُقصد بالتعدي، التعدي والانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، لأنّه وبتحليلٍ بسيطٍ، لا بل بنظرةٍ على بعض الأمثلة الواردة في مجلة الأحكام العدلية[5] نجد ذلك، حيث يضمن الشخص الذي زلق فوقع وأتلف مال غيره، فهل تعدى وانحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي عندما زلق؟، كما أن هذا الطرح متلائم تماماً مع تأسيس الضمان على الضرر، فلا حاجة للبحث في السلوك ومدى انحرافه وتأسيس الضمان على الضرر متناسب ومتلائم مع مفهوم الضمان وغايته. أعود أكرر مدى التناقض لهذا التسلسل المنسجم قانونياً ومنطقياً لمفهوم الضمان، وأساسه وحالاته وأحكامه، الذي يتسبب به المفهوم الذي طُرح للإضرار.

---

[1] الزحيلي، وهبة: المرجع السابق. ص26.

[2] أحمد، محمد شريف: المرجع السابق. ص212.وراجع نص م/887 من مجلة الأحكام العدلية

[3] اليعقوبي، بدر جاسم محمد: **تحديد مفهوم مباشر الضرر وفق م/19 مكرر من قانون وتنظيم الالتزامات الكويتي. مجلة الحقوق والشريعة.** العدد الثاني / 1978 ص 292، وراجع نص مادة /92 من مجلة الأحكام العدلية.

[4] الفاكهاني، حسن وآخرون: المرجع السابق. ص1288، والخفيف، علي: المرجع السابق. ص83

[5] راجع م/913. باز اللبناني، سليم رستم: **شرح المجلة**. دون ط. دون بلد نشر: دون ناشر. 1923. ص509

وجد العديد من الشراح الذين يرون خلاف ذلك، حيث يرون اشتراط التعدي حتى يضمن المباشر[1] في القانون المدني الأردني، باعتبار التعدي متحققٌ بمجرد المجـاوزة الفعليـة علـى حقوق الغير، خاصةً وأنهم يستندون إلى القول، بأن مجلة الأحكام العدلية، وباعتبارها المـصدر الذي يستمد منه القانون المدني الأردني قواعده، لم يشترط التعمد لضمان المباشر[2]، ولكن لـم ينص على عدم اشتراط التعدي، برأيي اشتراط التعدي- وبمفهومه هـذا - أو عـدم اشـتراطه سيان، لأنّه متحقق الوجود بمجرد تحقق الضرر الذي يتجاوز الفاعل بتحققه (الضرر) على حق الغير المعصوم، هذا في حال تم التغاضي عن المفهوم المعتمد للإضرار مع ما يمثله من ركـن أساسي لقيام الضمان.

الفرع الثاني: حالة التسبب

التسبب، الإضرار بالتسبب، هو الحالة الثانية أو الشكل الثاني الذي قد تظهر به العلاقـة ما بين السبب والنتيجة، حيث تعتبر علاقةً ضعيفةً مقارنةً بالمباشرة. ولقد طرح الفقه العديد مـن المحاولات لبيان المعنى والقصد من المفهوم، وإن كانت كلها تنبثق مما ورد في مجلة الأحكـام العدلية لمعنى التسبب والمباشرة[3]، ومن معانيه القول بأن الإضرار بالتسبب، هو إحداث أمرٍ في شيءٍ، يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، فمن يحفر بئراً لا ُيتلف، فالحفر ليس إتلافاً، ولكن وقوع الشخص في البئر إتلافٌ، لم يكن لولا الفعل الأول، وهو الفعل المتسبب بالإضرار، فالتسبب مباشر للنتيجة التي كانت سبباً مباشراً للنتيجة الثانية، ولست بـصدد الـشرح المطـول للمفهوم، بل هو توضيح لا بد منه، حيث يحتاج إلى دراسة تفصيلية ليست من مضمون البحث.

القانون المدني الأردني نص صراحةً، في الفقرة الثانية من المادة /257 على اشـتراط التعدي على أقل تقدير لضمان المتسبب بالإضرار، وعليه ما المقصود بالتعـدي هنـا والـلازم

---

(1) خصاونة، مها يوسف: **فعل المباشرة والتسبب في الإضرار غير المشروع في القانون المدني الأردني. دراسة مقارنة** (رسالة ماجستير غير منشورة). مرجع سابق. ص40.وراجع قرار محكمة التمييـز الأردنيـة رقـم/1979/354وقـرار 1990/435 الذي ينص أن المباشر يضمن دون تعدٍ أو تعمد حيث المطلق يجري على إطلاقه استناداً لـنص م/257ف/1 من القانون المدني الأردني

(2) راجع نص مادة / 92 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) راجع مادة/888 من مجلة الأحكام العدلية في تعريف التسبب.

لضمان المتسبب؟ وما الغاية من اشتراطه؟ بدايةً سأجيب على السؤال الثاني، إذ الغاية من اشتراطه لضمان المتسبب، هو التغلب على الضعف الذي يعتري علاقة السببية في التسبب، فحتى يصلح الإضرار بالتسبب سبباً للضمان يجب أن يقترن الفعل بالتعدي[1]. وتجاوزاً أجعل من التسبب سبباً للضمان إذ أن السبب في الضمان هو الضرر -، والتعدي كشرطٍ للضمان ما هو إلا دليلٌ على نجاح الضمان كمنهجٍ في تحقيق غاية الجبر في مختلف الأوضاع، دون أن يؤثر على صحة الارتباط بين الفعل والنتيجة، إذ يقويها إن ضعفت باشتراط التعدي.

المقصود بالتعدي في هذا الموضع، هو بالضرورة ليس المفهوم بمعنى المجاوزة الفعلية لحق الغير المعصوم، لأنّه وفي حال افتراض اشتراطه بهذا المعنى فلا تمايز مطلقاً للمتسبب عن المباشر، ولا تحقق للغاية من اشتراط التعدي في التسبب وهي تقوية علاقة السببية، إذن يبقى المفهومين الآخرين للتعدي، الثاني والذي يفترض المخالفة والتجاوز لقاعدة شرعية آمرة، وهذا غير واردٍ من الناحية المنطقية حيث، فيه تضييقٌ شديد لحالات قيام الضمان على المتسبب، وهو ما يتنافى مع التوجه العام في الشريعة والقانون لجبر الأضرار وإعادة التوازن للذمم المالية، كما يتنافى مع أنّه حتى مع العمل ليس الجائز فقط، بل العمل الواجب القيام به، وتسبب بالإضرار بالغير، فالمتسبب رغم تأديته للواجب إلا أنّه ضامن للأضرار المترتبة على القيام بهذا الواجب، فالمضطر لأكل طعام غيره، أمام واجبٍ شرعي بدفع الهلاك عن نفسه، بأكل ما ليس له ولكنّه ضامن للضرر المتحقق من القيام بالواجب[2]، كما أنّه غير واردٍ من الناحية القانونية الشرعية ففي دراسة للأمثلة المطروحة في مجلة الأحكام العدلية، يظهر الأخذ بالمفهوم الثالث للتعدي (الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي) فمن ينخس دابة غيره فيؤدي إلى إجفال هذه الدابة، وفي حركتها الناتجة عن هذا الإجفال أضرت بمال الغير، ضامن للضرر الذي تسبب به بتعديه على دابة الغير[3]، والتعدي بهذا المعنى يشمل بالضرورة المخالفة لنص صريح أو قاعدةٍ شرعيةٍ آمرةٍ، ولكن، ما التفسير لاشتراط التعمد لضمان المتسبب كما ورد في المجلة[4]؟

---

[1] الدريني، فتحي: **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**. ط2. عمان: دار البشير. 1998. ص58 وراجع/924 من المجلة

[2] الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص79

[3] الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص81 وراجع، علي، حيدر: المرجع السابق. ص614.

[4] راجع مادة/93 من مجلة الأحكام العدلية.

يرى الفقه أن المقصود بالتعمد هو التعدي، إذ أن التعمد بمعناه تقصد الإضرار بالغير من الفعل، لا يتناسب بل، يناقض الأمثلة الواردة في المجلة وتُضمن المتسبب، فهل المجنون الذي يصيح بالدابة فتجفل، وتضر بمال الغير تقصد الإضرار، حتى يضمن ما تسبب به بطريق غير مباشر من إضرار[1]، لا، فالمجنون عديم التمييز لا قصد له أو إرادة يعتد بها- وسأدرس كل ما يتعلق بالتمييز في الفصل اللاحق – ثم إن اشتراط التعدي لا التعمد أكثر توافقاً مع الهدف من الضمان، فالتعمد حالة أكثر تقدماً من الانحراف أي أكثر تشدداً في تحقق وقيام الضمان، فالإهمال اكثر حصولاً من قصد الإضرار، كما أن التعمد عنصر جوهريّ في المسئولية الجنائية لا المدنية[2]، ومن الأجدر ألا يكون شرطاً في الضمان. أجد أن التعدي له مفهوم واحد، وهو المفهوم المقابل للركن المادي في الخطأ أي التعدي عن السلوك المألوف للرجل العادي، لعدة أسبابٍ هي:

1. المفهوم الأول للتعدي متحقق بتحقق الركن الثالث وهو الضرر، فلا حاجة للنص عليه.
2. لا داعٍ مع الضمان لوصف الفعل بالتعدي، لأن الضمان لا يهتم ولا يؤسس على الفعل بل على نتيجته، إذن افتراضه بمعنى المجاوزة ما هو إلا تزيد لا معنى له، والتسبب يمثل حالة خاصة تستدعي وصف الفعل بالتعدي.
3. التعدد في المعاني لذات المصطلح، يخلط الأمور ويتسبب بالإرباك الذي لا داعي له.
4. اشتراط التعدي بمعناه الأول في المباشرة، سيؤدي إلى البحث في ضرورة تمييز المباشر أو عدم ضرورته وهو ما سأبحث هفي الفصل اللاحق.
5. المعنى الذي أؤيده أكثر تناسباً وملاءمةً لمعالجة ضعف السببية في حالة التسبب.

---

[1] الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص79، وراجع باز اللبناني، سليم رستم: المرجع السابق. ص514 واشتراط التعدي في التسبب في م/924، وبرأيي اشتراط التعمد الوارد في م/923 أن التعدي لا يمكن أن يتحقق بمجرد ارتفاع الصوت وخوف الدابة ولا يتضح إلا إذا قصد الصياح وقصد منه فرارها فأين التعدي بمجرد الصياح؟ يمكن أن يتحقق التعدي بمجرد صياح العاقل إن زاد في صياحه عن المألوف من صياح الرجل العادي أي الصياح المعتاد، أو تعمد بهذا الصياح أن تفر الدابة حتى لو لم يعلو الصياح عن المألوف.

[2] أبو مويس، موسى مروان موسى: **فعل المباشرة والتسبب في المسئولية المدنية عن حوادث السير**. **(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة آل البيت. مؤتة. الأردن. 2001. ص27.

على الرغم من أن مفهوم الإضرار الذي يطرحه المشرّع الأردني يتناقض مع هذا التقسيم لحالتي المباشرة والتسبب، ومفهوم التعدي وموضع وحالات اشتراطه، فهو يشترطه في جميع الأحوال إن تعددت الأحوال مع طرحه، إذ وقع المشرع الأردني في حالة من الخلط بين منهجين قانونيين لا يتوافقان معاً مطلقاً، فإن كان يطرح في قانونه لفكرة الموضوعية المادية للمسئولية التقصيرية وأقامتها على ما اصطُلح على تسميته بالخطأ الموضوعي، دون الحاجة للتمييز، كركنٍ للخطأ فهو لن يستطيع تفسير ضمان عديم التمييز. وكان الأجدر به التخلي عن مفاهيم الضمان والمباشرة والتسبب، وما تستتبعه هذه المصطلحات من أحكام ظهر تناقضها مع تبنيه لجزئية أساسية في فكر القانون الوضعي المستمد من النظام اللاتيني، أو أن يتخلى عن المفهوم الذي تبناه للإضرار.

المفترض في التعدي وباعتباره ركناً في الخطأ، أن لا يقوم الخطأ إلا به، وهذا يشرع السؤال حول الأحوال المقررة في القانون، هل هي أحوالٌ ينتفي فيها الخطأ بانتفاء ركنه المادي وهي حالات الدفاع الشرعي والضرورة وتنفيذ أمر الرئيس، أم أحوالٌ يباح فيها الفعل قياساً على ما ورد بشان هذه الأحوال في المسئولية الجنائية، ولاتساع هذه الحالات في أحكامها وشروطها، فكل واحدةٍ منها تحتاج لدراسةٍ تفصيليةٍ لبيان طبيعتها فلن يكون كافٍ ولن يعطيها حقها من التحليل، بحثها في الرسالة، ولكني أنوه إليها حيث تستحق الدراسة، خاصة لما لها من إثرٍ في بيان صلاحية الخطأ أو عدم صلاحيته كأساس للمسئولية التقصيرية.

يتبين في خلاصة هذا المبحث، أن الضمان كنمهج يقرر ضمان المباشر للأضرار التي نتجت من فعله على الإطلاق بمجرد التوثق من علاقة السببية المباشرة بين فعله والضرر، راعى الغاية المفترضة له وسار إليها بطريقٍ سالكٍ سلسٍ، يدل على صلاحية وتلاؤم المنهج لما صمم له واستخدم فيه، فحقق العدالة وأعاد التوازن بالتخاص من الخلل الذي لحق بالذمم المالية للفاعل والمضرور، وهو في ذات الجانب وازن النقص والضعف في علاقة السببية في حالة التسبب، باشتراطه تعدي الفاعل وانحرافه حتى يضمن.

الفصل الرابع

الركن المعنوي للخطأ (التمييز)

المبحث الأول: ماهية التمييز وحالات انعدامه.

المطلب الأول: مفهوم التمييز كركنٍ في الخطأ.

المطلب الثاني: حالات انعدام التمييز.

المبحث الثاني: مسئولية عديم التمييز.

المطلب الأول: مسئولية عديم التمييز في القانون المدني المصري.

المطلب الثاني: مسئولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني.

الفصل الرابع

الركن المعنوي للخطأ (التمييز)

المبحث الأول

ماهية التمييز وحالات انعدامه

الخطأ الأخلاقي كما يسميه الفقه[1]، يقوم على ركنين أساسيين هما ركنه المادي والمتمثل بالتعدي – ولقد تم بحثه بالتفصيل – وركنه المعنوي:(التمييز) حيث سيكون محلاً للدراسة والبحث في هذا الفصل، حيث التفصيل المنهجي لأركان الخطأ أمر لا بد منه لإلقاء الضوء على هذا الأساس، وتبين مدى صلاحيته والنواقص التي يعاني منها كأساسٍ للمسئولية التقصيرية، في كل ركنٍ من أركانه.

التمييز الركن المعنوي أو العنصر النفسي[2] في الخطأ، ما الذي يقصد به، وكيف يتحدد وجوده من عدمه؟ وما ضرورته كركنٍ في الخطأ وفي المسئولية التي لا تقوم إلا على مكلّف أي مميز، وما مدى تأثير ذلك في عدالة وصلاحية الخطأ؟ ومتى ينعدم التمييز؟

المطلب الأول: مفهوم التمييز كركن في الخطأ

ابتداء وقبل البحث في مفهوم التمييز، لا بد من التطرق إلى جزئيةٍ ذاتِ أثرٍ كبيرٍ في موضوع الدراسة، وما سيتم التوصل إليه من استنتاجات، وهي الجزئية المتعلقة بطبيعة وجود التمييز في المسئولية، وهل هو ركن في الخطأ أم شرط للمساءلة؟

أسلفت سابقاً وعند البحث في مفهوم المسئولية، واعتبارها مبنية على فعلٍ يستتبع اللوم والمؤاخذة، أن المسئول عن أفعاله، هو المكلف الذي يخالف بفعله ما كُلف به، والتكليف مناط بالعقل أي التمييز، وعليه مهما كان الفعل الذي تقوم عليه المسئولية فهو ما استتبع اللوم، فلا تناط المسئولية إلا بمميزٍ، فمن الذي يسأل عن فعله ويلام عليه سوى من أدرك هذا الفعل الذي أتاه، إذن خلاصة القول لا يسأل سوى المميز، وعليه ما أساس التمييز في الخطأ؟

---

(1) دسوقي، محمد إبراهيم: المرجع السابق. ص52.

(2) مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص233.

الخطأ كما عرف، إخلالٌ بالتزامٍ سابقٍ، مع إدراك المخل لإخلاله. وحتى مع هذه الإضافة لشرط الإدراك، فالتعدي بالفعل كافٍ لقيام الخطأ برأيي، لأن الخطأ وصفٌ متعلقٌ بالفعل بتجرده عن الفاعل، فما علاقة الفاعل بالوصف الذي قد يلحق بالفعل، ثم هل الإخلال لا يقع إلا من المميز لما وقع منه؟. أجد أن التمييز ليس ركناً للخطأ، فبالرجوع إلى مفهوم الركن هل يُفقد الخطأ إن فُقد التمييز؟ لا، لأن الخطأ هو مخالفة الصواب، وليس من الضروري لكي تقع المخالفة للصواب، أن تقع من مميزٍ لهذه المخالفة، ولو قلنا بأن الخطأ هو العمل غير المشروع، فهل اعتبار الفاعل مميزاً أو غير مميزٍ عاملاً مؤثراً في مشروعية أو عدم مشروعية الفعل؟ يمكن القول بعدم تعلّق الخطأ إلا بفاعل مميز[1]، بمعنى، أنّنا لا نستطيع إعطاء الشخص الوصف بأنه مخطئ إلا إذا كان مميزاً، ولكن هذا لا يعني ولا يترتب عليه أنّه لا يمكن وصف فعل الإخلال والتعدي بأنه خطأ إلا إذا وقع من فاعلٍ مميزٍ لتعديه، ثم إن المطّلع على نص المادة /164 من القانون المدني المصري[2]، يجد أن التمييز شرطٌ للمساءلة وليس ركناً في الخطأ، والدافع لافتراضه ركناً مؤسساً في الخطأ هو إعطاء بعض الشخصية والذاتية في قياس وتحديد الخطأ لمعادلة وموازنة التجرد الذي يتسبب به المعيار الموضوعي المعتَمد لقياس الركن المادي (التعدي)[3]، ولكن الفقه يعتبره ركناً في الخطأ، وعليه ما المقصود بالتمييز؟

التمييز اصطلاح يعبر عن أمرٍ معنوي، حيث نقول إن الشخص مدرك ومميز لما قام به من فعلٍ[4]، ومن العبارات التي توضح معنى التمييز، توضيح الدكتور الزرقاء للمفهوم بالقول في التمييز " هو أن يصبح للشخص تبصر عقلي، يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح من الأمور، ويتبين الخير والشر والنفع والضرر، وإن كان هذا التبصر غير عميقٍ، وهذا التمييز غير تامٍ"[5]، يتبين من هذا التوضيح أن التمييز إما أن يوجد ولو بنقص يعتريه، أو لا يوجد

---

(1) العدوي، جلال علي: المرجع السابق. ص366 والشرقاوي، جميل: المرجع السابق. ص516.

(2) انظر نص المادة /164 ف/1 من القانون المدني المصري " يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز".راجع في اشتراط التمييز W.V.H Rogers: **Winfield and jolowicz on Tor**t.12edition London:Sweet And Maxwell.1984.p674

(3) تناغو، سمير عبد السيد: **النظرية العامة**. مرجع سابق. ص290.

(4) سعد، نبيل إبراهيم: المرجع السابق. ص400.راجع م/943 من المجلة

(5) الزرقاء، مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**. مرجع سابق. ص760.

بالمطلق، وهذا الافتراض يتلاءم واعتباره ركناً في الخطأ، الذي هو أساس المسئولية التقصيرية، فإما أن توجد المسئولية أو لا توجد بالمطلق[(1)].

ولكن السؤال الذي يطرح، مع هذا المفهوم المعنوي، كيف سيتحدد وجود أو عدم وجود هذه القدرة لدى الفرد والمتمثلة بالتمييز؟ فهذه القدرة على التمييز لا تحدها بدايةٌ أو نهايةٌ، فـلا نستطيع بهذا المعنى المتقدم، القول بوجود مرحلةٍ عمرية أو زمانية يبدأ فيها التمييز أو ينتهي[(2)]، بل إن هذه المقدرة على التمييز، ليس من الضروري والمحتّم أن تفعل لدى ذات الشخص في كل أوضاعه، فقد يميز النافع من الضار في أمرٍ ما، ولا يستطيع ذلك في أمرٍ أو ظـرفٍ مغـايرٍ، وعليه ما هو المعيار والمرجع الذي يتحدد به وجوده من عدمه؟

انقسمت الآراء في هذا الشأن إلى اتجاهين اثنين هما:

الاتجاه الأول: والذي يتعامل مع الفكرة كأمرٍ من الواقع الذي يعالج حسب الظرف والمعطيـات المؤثرة في الحدث أو الواقعة، فلم يربطه بسنٍ معينةٍ[(3)]، وأعطى صلاحية تحديد وجوده أو عدمه إلى القضاء، حيث يحدد وحسب معطيات الحال، إن كان الفاعل مدركاً ما أتاه ولطبيعة الانحراف في فعله أم لا، ولكن، رغم ما قد ينسب إلى هذا التوجه من عدالةٍ في التعامل مع الفاعل، إلا أنّه لا يتناسب مع الانضباط المطلوب في المعايير التي تتأسس عليها أوضاع قانونيةٌ، ولا يتوافق مع ضرورة التجريد والعموم المفترض في القواعد القانونية، أو ما يرتب لوضعٍ قـانوني[(4)]، ولقـد وجد اتجاه يناصر الفكرة ويدعمها بتحديد صلاحية القاضي في بيان وجود التمييز مـن عدمـه، بمعيار الرجل العادي وما إن كان سيميز أو لا يميز طبيعة التعدي والانحراف في فعله ضـمن ذات الظروف التي أحاطت بالفاعل[(5)]، وهو ذات المعيار المعتمد لقياس صفة التعدي في السلوك

---

(1) القاسم، هشام: المرجع السابق. ص200.

(2) الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص761.

(3) أبو زيد، عبد الباقي: **مسئولية عديم التمييز في القانون المقارن (القانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الـشريعة الإسلامية والقانون الكويتي)**. مجلـة الحقـوق. العـدد الـسادس. 1982. ص17 عـن Planiol et Ripert: **traite pratique de droit civil Fracais**.1952.

(4) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص14.

(5) مرقس، سليمان: المرجع السابق. ص235.

الذي أحدث الضرر، ولكن هل هذا يحلّ المشكلة؟ برأيي، هو بذاته لا يتلاءم مع طبيعة المفهوم المراد تحديد وجوده، فالتمييز مفهوم شخصي، فإن أردنا اعتباره ركناً في الخطأ هل يجوز إخضاعه منطقياً لهذا المعيار المجرد؟ إرجاع السلوك إلى معيارٍ موضوعي، فيه من المعقولية والمنطق إذ يقيس التصرف بفصله عن فاعله، أما أن تقيس أمراً شخصياً ذاتياً، فلا إمكانية لنزع طبيعته الشخصية بمقياس ومعيار منفصل عمن هو فعلياً بذاته وبشخصه محلاً لهذا البحث.

الاتجاه الثاني: والذي يضبط الفكرة بضابطٍ عامٍ، إذ يفترض التمييز ابتداء في كل شخصٍ أتم السابعة من عمره[1]، رغم أن هذا الضابط والمتمثل بالسن ليس بالمعيار الدقيق، إذا ما قيس بحسابات الدقة، حيث ابتدأت القول بعدم ارتباط التمييز بزمانٍ لبدايته أو زمانٍ لنهايته، ولكن وكون المتغير محل الدراسة هو الإنسان، فإن ضوابط ومعايير الدقة تضعف نتيجةً لعدم انضباط المتغير ذاته والعوامل المؤثرة فيه، وعليه وباعتبار المعتاد والعموم بين الناس فإن هذه المقدرة على التمييز تبدأ بالتشكل والظهور لدى الأطفال الوسط في قدراتهم الذهنية والعقلية وهم في سن السابعة، وهو ما أكدته الخبرة والمشاهدة[2]، كما أن البعض أرجعها إلى الشرع الحنيف حيث أمر رسولنا الكريم صلى ا عليه وسلم المسلمين بتعليم أولادهم الصلاة وهم في سن السابعة[3]، وإنني أجد المعقولية في هذا التوجه، إذ يعمم المعيار ويحاول تجريده، والقول بإهماله لما قد يكون متحققاً في الواقع، يغفل عن اعتبار قرينة السن الدالة على التمييز قرينةً قابلةً لإثبات العكس[4]، ببيان توافر إحدى حالات انعدام التمييز، والقضاء هو الذي يحدد تمييز الصبي الذي بلغ السابعة وذلك، حسب ما يتبين من صحته وتكوينه الجسمي ومبلغ قدراته من الإدراك والتمييز[5].

قبل الانتهاء من هذا المطلب، أجد ضرورةٌ في طرح فكرة الدكتور مرقس حول مفهوم التمييز، ودلالات هذه الفكرة. الدكتور مرقس يجد الركن المعنوي للخطأ، متحققاً في العنصر

---

[1] الجمال، مصطفى: المرجع السابق. ص358.
[2] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص18.
[3] مالك بن أنس، الموطأ: مرجع سابق. ص167.
[4] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص 17.
[5] عامر، حسين: المرجع السابق. ص203.

النفسي، وهو بذلك يقيسه على هذا العنصر في المسئولية الجنائية، إذ يجد أن هذا العنصر يتوافر في تحقق وتوافر قصد الإضرار، وإن ُوجد العنصر النفسي بهذه الصورة تشكّلت الجريمة المدنية، كما أنه يفترض تحقق هذا العنصر ووجوده بصورة التمييز على الأقل، وبه تتشكل شبه الجريمة المدنية[1]، وبرأيي فإن هذا الطرح يوضح الارتباط الوثيق في أسس كلٍ من المسئولية المدنية والجنائية، ويبين انعدام التلاؤم في تركيبة المسئولية التقصيرية مع الغاية المفترضة لها،مما استتبع انعدام التلاؤم في العناصر المكونة لركنها الذي تتأسس عليه مع طبيعتها، في محاولة إخراجها عن هذه الطبيعة وإعطائها غاية غير ما صممت لها، كما أن الدكتور العدوي يفترض تحقق الركن المعنوي للخطأ بتوافر الإرادة والتمييز[2]، ولكن أليس من أدرك الفعل وطبيعته، وأتاه فقد أراده ابتداء، وأشدد على الابتداء، لأن التمييز مناطٌ تتعلق به الإرادة فلا إرادة لمن لا تمييز له، ولكن لا يستتبع بالضرورة أن كل من له تمييز له إرادة محددة لذات الفعل الذي ميزه وقام به، إذن لماذا هذا الربط بينهما؟ حيث في هذا الربط تشدد في افتراض التمييز، خاصةً وأن الإرادة إن ُسلبت أو ُأكرهت منعت المسئولية، ليس لانعدام أحد أركانها بل لاعتبارها مانعاً من موانع المسئولية – وإن لم يكن هذا محلاً للبحث إذ يتطلب دراسة تفصيلية لكل جوانب الموضوع - إلا أنّه في حال القول بارتباط الإرادة وحريتها بالأركان، فهي برأيي المبدئي يمكن أن ترتبط بالركن المادي أكثر من إمكانية ارتباطها بالركن المعنوي، فمن يقع تحت الإكراه والضغط يحاول دفع خطر الإكراه عن نفسه، بالقيام بالفعل الضار الذي لم ينحرف في ارتكابه عما كان سيرتكبه الرجل العادي، إذا ُأكره وما يمثله هذا الإكراه من خطرٍ محدقٍ به يريد دفعه، وهو ما تتشكل به حالة الضرورة، التي لا تُعدم الاختيار وإنما تُفسده، لكنها لا تؤثر على تمييزه لذات الفعل الذي ارتكبه وكونه فعلاً يلحق الضرر بالغير بل أثرت في إرادة الفاعل.

المطلب الثاني: حالات انعدام التمييز

يتحدد التمييز بالسن، فمن أتم السابعة من عمره، أُفترض فيه تمييز الخير والشر في طبيعة الأشياء، والنفع والضرر في طبيعة الأفعال، ولكن السن، وكما أسلفت، يمثل قرينةً قابلة

---

[1] مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني**. مرجع سابق. ص235.

[2] العدوي، جلال علي: المرجع السابق. 366.

لإثبات العكس، و السؤال، ما المدى الذي تتحرك وتتفعل به إمكانية إثبات العكس؟ هل تتعلق بالواقع؟ فمن يستطيع أن يثبت، وإلى ماذا يستند، أنه رغم بلوغه سن السابعة لم يميز طبيعة الانحراف والتعدي في الفعل الذي أتاه؟ حتى لو كانت الحيثيات والمعطيات تفترض قدرته على التمييز في ذات الحال والظرف؟ وبطرح مباشرٍ للسؤال، هل تعتبر الحالات المنصوص عليها في القانون كحالاتٍ ينعدم فيها التمييز، واردةً على سبيل الحصر، ولا يستطيع الفرد إثبات انعدام التمييز، إلا بإثبات توافر إحدى هذه الحالات؟ برأيي إن ضرورة الانعدام للتمييز وليس مجرد النقص فيه، تؤدي إلى تقليص وحصر الحالات التي ينعدم فيها هذا التمييز، فلو كانت المهمة تقتضي إثبات نقص التمييز، لأمكن التوسع في عملية إثبات هذا النقص، لكن التزام القطعية والحدية في وجود أو عدم وجود التمييز، لا تسمح بوجود هذا الهامش الذي يوجد بين حدي الفكرة وأقصى طرفيها، لذلك فإنّه لا بد من إثبات إحدى الحالات الواردة في القانون كحالاتٍ ينعدم فيها التمييز، والتي تنقسم من حيث مصدرها وديمومتها إلى قسمين رئيسيين هما:

القسم الأول: ويستوعب الحالات التي ينعدم فيها التمييز لأسبابٍ خارجةٍ عن الإرادة أو كما يسميها فقهاء الشريعة عوارض سماوية[1]، والتي تتحقق من قِبل الشرع دون اختيار الإنسان أو تدخله[2]، وهي بأغلبها صفاتٌ متعلقةٌ بالشخص ولا تزول عنه، كالجنون والعته والصرع وغيرها، ومن أهم هذه الحالات:

1. صغر السن، إذ أنّه، وبالمخالفة كل من لم يتم السابعة من عمره يعد منعدم التمييز، ومتى بلغ السابعة يفترض تمييزه حتى يثبت العكس.

2. الجنون، وهو اختلال واضطراب وهيجان في العقل يمنع جريان الفعل والقول على نهج العقل إلا نادراً[3]، وكما يعرفه الدكتور فيض الله، بأنّه تستّر العقل وتزيد القوة[4]، ويقسمه

---

[1] إبراهيم، إبراهيم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص315.

[2] الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص84.

[3] إبراهيم، إبراهيم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص315.

[4] فيض الله، محمد فوزي: المرجع السابق. ص20.

الفقه والقانون إلى جنونٍ كلي وجنونٍ جزئي وجنونٍ دائمٍ وجنونٍ مؤقتٍ[1]، وفعلياً لا عبـرة لهذه التقسيمات في هذا الموضع، لأنّه يشترط الانعدام لحظة القيام بفعل التعدي، حتى أن ما تُصدره المحاكم الشرعية من أحكام الحجر للجنون، لا أثر لها على ما يجب ثبوته من قيـام حالة الجنون لحظة ارتكاب فعل التعدي[2].

3. العته الكامل، إذ لا يعتبر العته الناقص أو السفه معدماً للتمييز[3]، وكذلك إصـابة الـشخص بعاهتين من ثلاث، وهي العمى والصمم والبكم أو الإصابة بعجزٍ جسماني شديدٍ، ولو قررت له المحكمة المساعدة القضائية، فلا تعتبر جميعها معدمةً للتمييز، ذلك أنها رغـم إضـعافها للإنسان جسدياً لا تؤثر في إدراكه[4]، ويختلف الفقهاء في فهمهم للعته إذ يجد البعض وحدة طبيعته وطبيعة الجنون، وأن مكمن الاختلاف ليس في حقيقة كل منهما ولكن بدرجة وجود المعنى الذي يمثله كل منهما[5]، فيعتقدون أيضاً، أن العته اختلالٌ في العقل لكنّه، لا يجعـل صاحبه مضطرباً وهائجاً، إنّما يجعله قليل الفهم مختلط الكلام، وقد يصحبه تمييـز فيكـون عتهاً ناقصاً، وقد لا يصحبه تمييز فيكون عتهاً كاملاً[6]، أما من يجدون اختلاف حقيقته عن حقيقة الجنون فيرجعونه إلى ضعف في الوعي والإدراك لا إلى اختلال العقل[7].

4. الصرع، وهو مرض عصبي يصيب الشخص بنوباتٍ خارجةٍ عن إرادته، تجعله يفقد رشده ويتسبب بمحو ذاكرته أو إضعافها إلى أدنى حد[8].

---

[1] انظر م/128 من القانون المدني الأردني وانظر م/980 من مجلة الأحكام العدلية، أنظر عامر، حسين: المرجع السابق، 164.

[2] جمعة، عبد المعين لطفي: المرجع السابق. ص36.

[3] الصدة، عبد المنعم فرج: المرجع السابق. ص 551.وراجع م/945 من المجلة

[4] الصدة، عبد المنعم فرج: المرجع السابق. ص551.

[5] إبراهيم، إبراهيم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص316.

[6] إبراهيم، إبراهيم عبد الرحمن: المرجع السابق. ص316.

[7] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص21.عن مقالة للشيخ أحمد إبراهيم بعنوان " الأهلية وعوارضها والولاية فـي الشرع الإسلامي"مجلة القانون والاقتصاد. كلية الحقوق جامعة القاهرة.1931 عدد/3 ف/4

[8] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص23.

5. اليقظة النومية، وهي حالة مرضية تؤدي إلى استيقاظ الشخص من نومه وإتيانـه أفعـالاً لا سيطرة له عليها[1].

6. النوم والإغماء والتنويم المغناطيسي.

7. مرض الموت، وهو المرض الذي يعجز معه الإنسان عن القيام بأعماله المعتادة، وقد يستمر الحال إلى سنة كاملة[2].

القسم الثاني: والذي يستوعب الحالات التي ينعدم فيها التمييز لأسبابٍ متعلقةٍ بالإرادة، أو كمـا يسميها فقهاء الشريعة العوارض المكتسبة[3]، وهذه الحالات والعوارض غالباً ما تكون مؤقتةً أو عارضةً، وقد تؤدي إلى إحدى الحالات الدائمة التي لا يتحكم بها الإنسان، كالجنون الذي يصيب الشخص نتيجةً لإدمانه المخدرات. وهي تلحق بالإنسان بكسبه[4]، وترجع في وجودها إلى إرادته واختياره، كالسكر الذي يؤدي إلى زوال العقل سواء كان ناتجاً من تناول المـواد الكحوليـة أو مترتباً على تعاطي المواد المخدرة كالمورفين والهرويين، وغيرها مـن المـواد التـي تـذهب بالعقل[5]، فلا يدري الواقع تحت تأثيرها ما قام به من أفعال، حتى أنها قد توقعه في حالـة مـن الغياب التام عن الواقع (الغيبوبة)، ولقد قسم الفقه السكر إلى قسمين، سكر حرام شـرعاً، وهـو الحاصل بالإرادة الحرة تماماً من أي إكراه، والسكر غير المحرم المقترن بأحد عيـوب الإرادة، كأن يجبر الشخص على تناول المادة المسكرة أو يتناولها مضطراً للعلاج (كالبنج)، أو يتناولهـا دون علمه[6]، -وسيكون شرح تفصيلي لهذه الجزئية وأثرها في المسئولية في المبحث اللاحق-.

خلاصة القول في هذا المطلب أن التمييز، وبغض النظر عن المنهج الذي يتحـدد بـه انعدامه، وسواء أُعتبر ركناً في الخطأ أم أُعتبر شرطاً لنسبة الخطأ إلى الفاعـل، فالمـسئولية لا تناط إلا بمميز. فإن افتراض الخطأ بركنٍ واحدٍ، وهو الركن المادي وقيام الخطأ بهـذا الـركن،

---

(1) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص23.

(2) الزرقاء، مصطفى أحمد: المرجع السابق. ص798وراجع النصوص المعالجة للموضوع في المجلة ومنها م/1570 و1571

(3) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص19.

(4) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص23.

(5) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص23.

(6) فيض ا ، محمد فوزي: المرجع السابق. ص21.

فعدم تمييز الفاعل يشكّل مانعاً من المساءلة، حتى لو قامت أركان المسئولية المؤسسة على الخطأ الموضوعي، مما يطرح تساؤل عن عديد المحاولات، التي هدفت إلى مساءلة عديم التمييز بافتراض الخطأ بركنٍ واحدٍ أو حتى بالتخلي عن الخطأ كأساسٍ للمساءلة، وحتى لو قامت على الفعل الضار، فطبيعة فكرة المسئولية وما تقتضيه من المحاسبة على طبيعة الفعل، وما تهدف له من عقاب وردع، وتجعل من الأمر الملّح إعادة النظر في المسئولية كمنهج لجبر الضرر، فما ذنب المضرور بحيث لا يعوض عما لحق به من ضرر، إن تسبب بهذا الضرر عديم التمييز، وهذا أحد المعيقات في وجه المسئولية كمنهج يفترض فيه إزالة الضرر وإعادة التوازن للذمم المالية المختلة نتيجة الضرر، وهو ما يدفع باتجاه تبني الضمان كمنهج، يتجنب في طبيعته النظرية وآلية تطبيقه هذه المشكلة، وما يترتب عليها من انعدامٍ للعدالة.

المبحث الثاني

مسئولية عديم التمييز

الركن ما توقف وجود الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته، وعليه إن لم يوجد الركن لن يوجد هذا الشيء أياً كان[1]، والتمييز حسب معظم الفقه ركن في الخطأ وعليه انعدام التمييز معدم للخطأ، وبما أن هذا الأخير ركن في المسئولية، فلا مسئولية دونه، أي لا مسئولية على عديم التمييز – فهل يصلح الخطأ ليكون الركن الأساسي للمسئولية التقصيرية؟! ناهيك عن اعتبار التمييز مناط للمسئولية، وما يترتب عل ذلك من ضرورة إعادة النظر في المسئولية كمنهج لجبر الضرر؟!

إذن، الأصل في المسئولية القائمة على ركن الخطأ – و برأيي على أي أساسٍ أو ركنٍ كان -، أنّها لا تترتب على عديم التمييز، لكن، في الواقع العملي توجد العديد من النصوص القانونية التي تُسائل عديم التمييز، وربما يكون ذلك لغاية العدالة، فما ذنب المضرور بأن لا يعوض عن الأضرار التي لحقت به، إن كان من ألحقها به عديم التمييز؟، ولكن ذلك يجعل النظرية الشخصية هشة، وسيتضمن هذا المبحث دراسةً تحليليةً لمسئولية عديم التمييز، والأساس القانوني لها وأثر ذلك في فاعلية الخطأ كأساس للمسئولية، وسأبحث هذا الموضوع في القانون المدني المصري، وكذلك في القانون المدني الأردني، على الرغم من استبعاده للخطأ كأساس للمسئولية، وذلك ضمن مطلبين هما:

المطلب الأول: مسئولية عديم التمييز في القانون المدني المصري

القانون المدني المصري يبني المسئولية التقصيرية على الخطأ[2]، وعليه وباعتبار التمييز الركن المعنوي في الخطأ فلا مسئولية على عديم التمييز ضمن نصوص هذا القانون، ولكن، توجد في الواقع مسئولية على عديم التمييز، ضمن نصوص القانون المدني المصري، وقبل البدء

---

(1) راجع ص66 من الرسالة.

(2) راجع نص المادة /163 من القانون المدني المصري،وهو وما استقر عليه قضاء النقض المصري ومن قراراتها المؤكدة على تأسيس المسئولية على الخطأ قرار النقض الصادر بتاريخ 1954/11/18، مجموعة أحكام النقض السنة /6 رقم /16 ص127.

بتحليل نص الفقرة /2 من المادة /164 والتي تتضمن مساءلة عديم التمييز يجب التمعن في الشروط اللازمة للاعتداد بانعدام التمييز، وبالتالي عدم مساءلة عديم التمييز، وبيان التضييق والتشدد في افتراض عدم التمييز، ويمكن تلخيصها بما يلي:

1. افتراض التمييز ابتداء وحتى يثبت عكس ذلك من قبل الفاعل ذاته، وليس من قبل المضرور[1].

2. اشتراط الانعدام التام للتمييز.

3. اتساع مفهوم التمييز ومعيار تحديده، وتضييق معنى الانعدام وحصره في حالات محددة.

4. أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول لا المضرور، وكأن أركان الخطأ تتغير إن كان المضرور هو المخطئ!

5. أن يكون عديم التمييز وحده في مكان المسئول، أما إن ُوجد مسئولٌ، فلا بد من نسبة الخطأ إليه حتى يسال المسئول عن خطأ الغير (وهو عديم التمييز) لا عن أخطائهم الشخصية[2]، ولكن سيتبين أن هناك شرطٌ لمساءلة عديم التمييز الاستثنائية، وهو عدم وجود مكلف بالرقابة عليه، أي أن عديم التمييز مخطئ ولا يسأل شخصياً، إن كان عليه مراقبة، ويسأل شخصياً وهو غير مخطئ إن لم يكن عليه مراقبة.

إذن، وعلى الرغم من كل هذا التشدد، نجد أن عديم التمييز قد يكون في موضع المسئول في بعض الظروف، حسب المادة /164 من القانون المدني المصري، وهذه الشروط والظروف الواجب توافرها لإمكانية مساءلة عديم التمييز، تتعلق بضرورة جبر الضرر، إذ يشترط أن لا يوجد طريقٌ للمضرور لجبر الأضرار التي لحقت به من فعل عديم التمييز، وذلك بعدم وجود مكافٍ بالرقابة مطلقًا، أو عدم إمكانية مساءلة هذا المكلف لانتفاء خطئه أو لعدم إمكانية التنفيذ

---

[1] جمعة، عبد المعين لطفي: المرجع السابق. ص36 وتنص ف/2 من م/146 على "وعلى ذلك إذا قع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً في ذلك مركز الخصوم"

[2] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص44

والجبر للضرر نتيجة إعسار المكلف بالرقابة. وعليه بتوافر هذه الشروط يمكن مساءلة عديم التمييز، وإن كانت هذه المسئولية جوازية تخضع لسلطات القاضي، والتي تتحدد ضمن المركز المالي للخصوم وجسامة الضرر والخطأ فالقاضي قد يحكم بتعويض مخفف أو مسئولية مخففة[1]،، إن كان المضرور موسراً والفاعل معسراً، وقد يحكم بالمسئولية الكاملة والتعويض الكامل، إن كان المضرور معسراً والفاعل عديم التمييز موسراً، وقد لا يحكم إطلاقاً بمسئولية عديم التمييز[2]، إن وضح يسار المضرور وعسر الفاعل، ومن هنا يمكن القول بجوازية وعدم وجوبية مسئولية عديم التمييز، أي أن وصفها بالمسئولية المخففة، قد جانب الصواب برأيي، لأنها ليس بالضرورة أن تكون مسئوليةً مخففةً، -كما أسلفت - فقد تكون كاملة أو لا تكون بالمطلق أيضاً، مع اعتبارٍ لمدى جسامة الخطأ كما تنص المادة، وعليه يمكن أن ينسب خطأ لعديم التمييز ويعتد بجسامة خطئه. ويتبين من الاعتداد بجسامة الخطأ أن التعويض في المسئولية، يحمل في ثناياه معنى العقاب والزجر إذ لم يتساوى بالضرورة مع الضرر، كما أن درجة جسامة الخطأ ذات تأثيرٍ في مقداره.

مع هذا الشرح لطبيعة وميزات المسئولية، الاستثنائية الجوازية الاحتياطية لعديم التمييز في نصوص القانون المدني المصري، يظل السؤال قائماً ومشروعاً، ما الأساس القانوني لهذه المسئولية رغم كل ما تميزت به من خصائص وصفات؟ وما أثر ذلك في صلاحية الخطأ كركن للمسئولية؟ واختلاف الأساس يدل على عدم صلاحية الخطأ كأساسٍ في كافة الأحوال فلم يستطع أن يلبي في حالة عديم التمييز العدالة التي تمثل إحدى أهم غايات التشريع والقانون ذلك إن افترضنا أن التمييز لازم للخطأ فقط، وليس للمسئولية بغض النظر عن أساسها.

وجد في الفقه العديد من الآراء، التي تُرجع مسئولية عديم التمييز إلى العديد من النظريات والأفكار القانونية المختلفة، بعضها بقي مرتبطاً بالخطأ، وبعضها إما تخلى عن وصف الخطأ بالمطلق أو، أدخل عليه بعض المعطيات التي تتناسب ومسئولية عديم التمييز، وهذه

---

(1) النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص149. راجع الأهواني، حسام الدين: مرجع سابق.ص544،إذ يصفها بالمسئولية المخففة

(2) عامر، حسين وعبد الرحيم: **المسئولية المدنية**. ط2. القاهرة: دار المعارف. 1979. ص667.

الآراء بعضها تعلّق بأساس المسئولية بالعموم والذي يضمن مسئولية عديم التميي ز ب المطلق، وبعضها يفسر مسئولية عديم التمييز الاستثنائية المنصوص عليها في القانون المصري وهي:

الرأي الأول: وهو يطرح كأساسٍ عامٍ للمسئولية، والذي يعتبر أصحابه عديم التمييز قد ارتك ب خطأ سابق أصابه باضطرابٍ عقلي، وهو الذي أدى إلى انعدام هذا التمييز[1]، وقبل الخوض في تفاصيل هذا الطرح، يمكن نقده بالقصور، إذ يفسر- إن افترضنا صحة التفسير- الحال ة الت ي ينعدم فيها التمييز نتيجة الاضطراب العقلي المكتسب فقط، فماذا عن غيرها من أح وال انع دام التمييز؟. كما يرد المنتقدون لهذا الطرح أو الرأي، بأنّه لا يميز بين الحرية الفردية التي تم نح حق تناول المسكرات أو تمنعه[2]، فالمتناول للمسكرات وفقاً لمعظم القوانين الوضعية ل م ي أتِ بفعله هذا أي خطأ سابقٍ، وهنا تظهر أهمية التقسيم في الفقه بين السكر الحلال والسكر الح رام، فإن نتج السكر من أمرٍ مشروعٍ كتناول الحبوب المهدئة أو البنج، فلا مسئولية أما إن نتج السكر من فعل غير مشروع تبقى المسئولية قائمةً[3]، ولكن في القوانين التي لا تمنع تناول المسكر على أقله الخمر، كيف سيفسر هذا الطرح؟ كما أن هذا الرأي، لا يميز إن كان الشخص ق د تناول ه لأول مرة، أو أنه مدمن منعدم الاختيار، وهل يعتبرون المدمن مخطئٌ ابتداء عندما أدمن[4].

الرأي الثاني: وهو أيضاً يطرح كأساسٍ عامٍ للمسئولية، والذي يعتبر أص حابه ع ديم التميي ز حارساً للأشياء، وعليه، تقوم مسئوليته على أساس الخطأ المفترض، برأي ي اص طلاح الخط أ المفترض، ما هو إلا إحدى الدلالات على عدم صلاحية الخطأ كأساسٍ للم سئولية، فم ا ه و المقصود بالخطأ المفترض؟ وكيف يمكن التوفيق منطقياً بين افتراض الخطأ في جان ب الف رد، وعدم قدرته على إثبات عكس ذلك، وعدم إمكانية دفع المسئولية إلا بإثب ات الق وة الق اهرة أو السبب الأجنبي[5]، وبين معيار ومرجع السلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف كمعيارٍ لتحديد وجود التعدي من عدم وجوده؟ فلماذا يحرم من حق إثبات عدم تعديه أو تج اوزه له ذا

---

(1) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص35عن Ripert: **La legel madle dans les obligations civi**l 1949 no 125

(2) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص36.

(3) فيض ا ، محمد فوزي: المرجع السابق. ص21.

(4) أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص36.

(5) السنهوري، عبد الرازق: المرجع السابق. ص690.

السلوك، برأيي ضرورة جبر الضرر في بعض الحالات الخاصة هي التي تستدعي افتراض الخطأ افتراضاً مسبقاً. الأمر الذي شوه منهج المسئولية والنظرية الشخصية بهدف أن يوصلها لغاية غير غايتها (جبر الضرر). كما يشرع السؤال حول صحة اعتبار عديم التمييز حارساً للأشياء؟ فهل المجنون الذي يطلق النار من المسدس يعتبر حارساً لهذا المسدس[1]؟ أين سلطة الأشراف والرقابة المفترضة في الحارس وفقاً لمفهوم الحراسة؟ الدكتور أبو زيد في بيانه لمفهوم الحراسة يجعلها خالية من الإشراف والرقابة، إذ يعرفها بأنها "توافر سلطة فعلية لشخص على شيءٍ من الأشياء، يستطيع ممارستها دون خضوع في ذلك لتعليمات من أحد سواء بنفسه أو بواسطة غيره، ولو كانت ممارسته المادية لهذه السلطة تعد عن الصواب[2]. لا أجد هذا التعريف للحراسة متلائماً مع المفهوم اللغوي المفترض أن ينبثق عنه المفهوم الاصطلاحي، فالحارس هو الحافظ للشيء والذي يقي الغير شر هذا المحروس[3]، وهو ما لا يقدر عليه عديم التمييز.

الرأي الثالث: وهو يماثل الرأيين السابقين في عدم التخلي عن الخطأ كأساسٍ للمسئولية، وإن كان يتميز عنهما، بأنه يرى في الخطأ جانباً واحداً، هو الجانب الموضوعي المجرد عن أي اعتبارٍ للفاعل وتمييزه أو عدمه، على اعتبار أن هذا الجانب الشخصي ضروري"، ويشكّل أساساً في المسئولية الجنائية لا في المسئولية المدنية[4]، فهو ضروري لبناء الركن المعنوي في الجريمة، بينما يعتبر من الظروف الداخلية التي لا تدخل في تقدير التعدي، شخصياً أجد إمكانية قيام الخطأ بركنٍ واحدٍ فقط، ولقد أسلفت ذلك بالتفصيل، ولكن أعود وأكرر ما طرحته من أن المسئولية لا تناط إلا بمميزٍ، بغض النظر عن الوصف الواجب إلحاقه بالفعل حتى يحاسب عليه، كما أن الخطأ الموضوعي، لا يستطيع دائماً تلافي تأثير انعدام التمييز كظرفٍ مؤثرٍ في قياس التعدي، إذا ما تعلّق السلوك بعموم عديمي التمييز[5].

---

[1] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص37. و38 و39 وهو يناقش المراحل التي تدرج بها قضاء النقض الفرنسي، إذ اعتبر الحراسة مما يمكن أن يقوم به عديم التمييز في قرار المجنون الحارس للمسدس والصادر الحكم بها في 28/أبريل /1947، ثم عاد ونفى هذه الإمكانية في قرار بشأن قضية تريشا والصادر حكمها بتاريخ 1964/12/18

[2] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص41.

[3] اللجمي، أديب و آخرون: المحيط معجم اللغة العربية. مرجع سابق. ص114.

[4] عبد ا ، فتحي عبد الرحيم: المرجع السابق. ص74.

[5] السنهوري، عبد الرازق: المرجع السابق. ص111

الرأي الرابع: والذي يُقيم مسئولية عديم التمييز استناداً إلى النص القانوني الصريح بإقامتها[1]، لكن أليس كل التزامٍ أصله القانون؟ وذلك لا يتعارض مع كون النص ينبني على أساس ينطلق منه (نظريةٍ أو فكرةٍ قانونيةٍ معينةٍ)، وخير من يوضح هذا النقد الدكتور أبو زيد الذي يبين ضرورة التمييز بين مصدر الالتزام وأساسه القانوني، أي الوسيلة الفنية التي يجد فيها أساسه[2].

الرأي الخامس: والذي يجد في المخاطر وتحمل التبعة، أساساً لمسئولية عديم التمييز، فمن أنشأ وضعا خطِراً ألحق الضرر بالغير، عليه تعويض هذه الأضرار، ولكن مع هذا الطرح يُفترض أن يتحقق لعديم التمييز غنماً مادياً[3]، وهذا ما قد لا يتحقق بالضرورة في أفعال عديم التمييز، ثم إن القول بتحمل المخاطر التي أوجدها وكان عليه توقعها، فهو من يتحمل تبعتها، ألا يُفترض في الشخص الذي يسأل عن تبعة أفعاله وعن الأوضاع الخطرة التي قد تنشأ من هذه الأفعال أن يكون مدرك لما يفعل[4].

الرأي السادس: والذي يرى أن المساءلة الاستثنائية لعديم التمييز، تُبنى على العدالة، مستندين في ذلك إلى أن عدم مساءلة عديم التمييز، تفتقر إلى العدالة، خاصةً وإن كان المضرور معدم وعديم التمييز واسع الثراء[5]، وهو متناسب مع اعتبارها مسئوليةً استثنائيةً مشروطةً، وما يتبين من هذه الشروط، الاتجاه لتحقيق العدالة دون اعتبارٍ لأساسٍ قانونيٍ واضحٍ لهذه المسئولية، وهذا إن كان يعطي تفسيراً، إلا أنه يبين انعدام الفكر القانوني الصحيح في هذا النص المقيم للمسئولية الاستثنائية لعديم التمييز، ولكن فيما يتعلق بافتراض هذا الأساس، كأساسٍ عامٍ للمسئولية وعدم حصره في المسئولية الاستثنائية استنادا لنص م/164ف/2، يكون محلاً للانتقاد، إذ يعبر عن فكرةٍ غامضةٍ لا تصلُح لأن تكون أساساً، بقدر ما تشكّل غاية يضعها المشرع أمامه، ويحاول الوصول إليها بوسائلٍ تأخذ خصائص السند القانوني[6]، وفعلياً لست في هذا البحث، بصدد

---

[1] عامر، حسين وعبد الرحيم: المرجع السابق. ص184.

[2] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص92.عن محمد لبيب شنب "**المسئولية عن الأشياء دراسة في القانون المدني المصري مقارناً بالقانون المدني الفرنسي**" رسالة دكتوراة. القاهرة.1957

[3] الأهواني، حسام الدين كامل: المرجع السابق. ص81.

[4] النقيب، عاطف: المرجع السابق. ص153.

[5] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص52.

[6] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص53.

دراسة الأسس البديلة للخطأ كأساسٍ للمسئولية، خاصةً ما تعلق بضرورة مساءلة عديم التمييـز، بقدر ما أبحث في صحة الخطأ كأساس للمسئولية، والخطأ في عدم القدرة معه على مساءلة عديم التمييز، وما ينتج عن ذلك من انعدام للعدالة، لا يجعل منه أساساً صالحاً للمسئولية، فيما يتعلـق بجزئية مساءلة عديم التمييز. لا بل عدم صلاحية المسئولية كمنهج فيما يتعلق بمـساءلة عـديم التمييز.

المطلب الثاني: مسئولية عديم التمييز في القانون المدني الأردني

نص المادة /256 من القانون المدني الأردني، يوضح صراحةً ضمان عـديم التمييـز بالمطلق للأضرار المترتبة على أفعاله، ويعد ذلك نتيجةً طبيعيةً لتبنيه لمفهوم الضمان في الفقـه الإسلامي، ولو بظاهر الأمور، فكما أسلفت سابقاً حول المتناقضات التي وقع بها القانون المدني الأردني في هذا الشأن، ما تعلّق بعدم الوضوح في المنهج الذي يتبناه لجبر الأضرار، هل هـو الضمان أم المسئولية؟ وعدم الوضوح في الأساس الذي أقام هذه المسئولية عليه، الفعل الضار أم الإضرار أم الضرر؟ وما يترتب على ذلك من عدم القدرة على تحديد وضبط الآثـار المترتبـة على كل من هذه المفاهيم، فهو إن اتّبع منهج الضمان جاز ضمان عديم التمييز للضرر المترتب عن فعله، وضمن المتعدي وغير المتعدي، وإن تبنى منهج المسئولية ترتب عليه عدم القدرة على مساءلة عديم التمييز سواء تأسست المسئولية على الفعل الضار أو الإضرار، أو حتى الـضرر طالما حملت معنى المساءلة عن الأفعال المؤاخذ عليها. ولكن وكما أسلفت، فإن النص الأردنـي كان واضحاً وصريحاً في مساءلة عديم التمييز، وبذات المصطلح المستخدم ضـمانه للأضـرار الناتجة من فعله ولو في هذه النصوص بذاتها مع التغاضي عما يتبعها ويسبقها مـن نـصوص، وقبل البحث التفصيلي في نص المادة وهل يضمن عديم التمييز المباشر والمتـسبب أم يـضمن الأول دون أن يضمن الثاني، يجب الرجوع إلى المنهج الأساسي الذي تبعـه وتبنـاه المـشرع الأردني في طرحه هذا وهو الفقه الإسلامي، ولو بشيء من التلخيص وعـدم التفـصيل حيـث تعددت الآراء والاتجاهات في تعاملها مع هذه الجزئية، ومن هذه الاتجاهات:

الاتجاه الأول: والذي يجد أتباعه عديم التمييز لا يضمن الأضرار الناتجة عن أفعاله سواء حلّت هذه الأضرار بنفس المضرور أو بماله[1]، ويستندون في هذا الرأي إلى إنزالهم عديم التمييز منزلة الحيوان في عدم المساءلة عن فعله، حيث كل منهما غير عاقلٍ أو محل للتكليف والخطاب الشرعي، ويرد المنتقدين لهذا الاتجاه بأن العقل مناط للواجبات الشرعية، ولكن هل جبر الأضرار من الواجبات الشرعية؟! الجبر ليس من العبادات ولا من العقوبات، وعليه ليس من الواجبات الشرعية وعليه لا حاجة فيه للعقل، ثم إن التوجه لإنزال عديم التمييز منزلة الحيوان تعوزه الدقة والصحة، فالبهيمة تعد مالاً وتدخل في الذمة المالية، بينما عديم التمييز له ذمة مالية تثبت بمجرد خروجه للحياة، ناتجةً من أهلية الوجوب التي تناط بالحياة لا بالعقل[2].

الاتجاه الثاني: والذي يفرق اتباعه بين الأضرار التي تلحق بالنفس والأضرار التي تلحق بالمال، ويجعلونه ضامناً للثانية دون الأولى[3]، ويستندون في هذا الاتجاه إلى عدم وجود نصٍ شرعي يقتضي ضمان أضرار النفس والجسم، كما أن عديم التمييز لا يؤاخذ على أفعاله، باعتبار ضمان أضرار النفس إنما هو من المساءلة التي لا تناط بعديم التمييز[4]، ويرد المنتقدون لهذا الاتجاه بأن رفع القلم وعدم المؤاخذة متعلق بالعبادات والعقوبات، والضمان لا يحمل معنى المؤاخذة، لأنّه ليس من خطابات التكليف، فلو رفع القلم عن جناية النفس لرفع تلقائياً عن جناية المال[5].

الاتجاه الثالث: والذي يضمن عديم التمييز كافة الأضرار المترتبة على فعله، سواء كانت أضراراً لحقت بالنفس أو بالمال، مرجعين ذلك إلى مفهوم الضمان وكونه من خطابات الوضع لا من خطابات التكليف، وما يترتب على ذلك من عدم اشتراط الفهم والإدراك والعقل في المخاطب بهذا النوع من الخطابات، واعتبار الضمان يحمل في ثناياه فكرة البدل لا فكرة الجزاء والزجر،

---

(1) ابن جزيء، أبو القاسم محمد بن أحمد: **القوانين الفقهية**.دون ط. بيروت: دار الكتب العلمية دون سنة نشر. ص39.

(2) أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: **التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني**. دون ط. القاهرة: دار النهضة العربية. 1994. ص 30.

(3) ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد: **المحلى**.ج/2.تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر. دون ط. بيروت: دار الأفاق الجديدة. دون سنة نشر.ص9.

(4) ابن حزم: **المحلى**. ج/12. ص397.

(5) أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: المرجع السابق. ص33.

كما أن هذا التوجه متلائم مع روح القاعدة الشرعية التي تقتضي بأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فدرء المفسدة التي لحقت بالمضرور مقدم على جلب المصلحة لعديم التمييز بعدم تضمينه[1]، وهذا التوجه يمثل الطرح الذي تبناه جمهور العلماء[2]، وعليه فالضمان كمنهج نجح في تضمين عديم التمييز، دون تناقض في معناه وطبيعته، ودونما توسع في مفهوم التمييز، ودون إيجاد حالات استثنائية يضمن فيها عديم التمييز، فكان منهجاً سلساً في ضمان تحقيق العدالة، وهو ما عجز عنه منهج المسئولية.

المشرع اتّبع ذات التوجه الذي تبناه جمهور العلماء وعليه السؤال الذي يطرح، هل يؤثر اشتراط التعدي لضمان المتسبب على ضمان عديم التمييز؟

عديم التمييز المباشر للضرر، يضمن كافة الأضرار الناتجة من أعماله، لأن الضامن في المباشر يضمن على الإطلاق دون تعدٍ أو تعمدٍ، مميزاً أو غير مميزٍ كبيراً أو صغيراً، كان ذا مالٍ أو في عسرةٍ، وفي العسر ينظر لحين ميسرةٍ ولا يضمن وليه[3]، وهذا يظهر التناسق بين الضمان وغايته.

عديم التمييز المتسبب، هل يضمن على الرغم من اشتراط التعدي في فعله حتى يضمن؟ تعددت الإجابات المقدَّمة لهذا التساؤل، بين مؤيدٍ لضمانه وبين معارضٍ لهذا الضمان، إذ يجد المعارضين عدة حججٍ تُدعم وجهة نظرهم، ومن أهمها أنهم يرون عدم إمكانية تعدي عديم التمييز في فعله، فإن كان التعدي بمعنى المجاوزة على الحق المعصوم للغير، فعديم التمييز لا يميز حقه حتى يستطيع أن يميز حدود هذا الحق وواجباته تجاه حق الغير[4]، ولكن التعدي بهذا المعنى متحققٌ بالمجاوزة الفعلية، وهذه تتحقق بتحقق الضرر بالغير، و أما من يرون عدم إمكانية نسبة التعدي إلى صغير أو مجنون[5]، فهم برأيي، إن صح رأيهم لا يفرقون بين تحقق

---

[1] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.** ج/7. ط/2. بيروت: دار الكتب العلمية. 1986 ص171.

[2] ابن جزيء: المرجع السابق.ص361.

[3] اليعقوبي، بدر جاسم محمد: المرجع السابق. ص304.

[4] السنهوري، عبد الرازق: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**. مرجع سابق. ص56.

[5] اليعقوبي، بدر جاسم محمد: المرجع السابق. ص305.

الوصف بالفعل المجرد عن الفاعل، وبين القدرة على نسبة الفعل إلى الفاعل، وما يشترط في هذا الفاعل من تمييزٍ أو غيره، فهل عدم إمكانية نسبة الفعل إلى الفاعل تنفي وقوع الفعـل بوصـفه المتعلق بطبيعة هذا الفعل وماهيته لا بفاعله أو بنتيجتـه، وأيـضاً يـرد المعارضـين للفكـرة والمحاولين تفنيدها، بأن التعدي لا يستلزم لوجوده الإدراك والتمييز، حيث أن غالبية الفقه تجـد في المعيار الموضوعي المجرد عن الظروف الداخلية الذاتية للفاعل بما فيها التمييـز، معيـاراً لتحديد قيام التعدي من عدم قيامه.

يجد الدكتور اليعقوبي في اشتراط تمييز المتسبب لضمان أفعالـه، مماثلـةً بـين الفقـه الإسلامي والخطأ القانوني، وأن ذلك يعد ميزةً للفقه الإسلامي، إذ يـوازن مـا بـين النظريـة الشخصية ويعتمدها في التسبب، وبين النظرية الموضوعية ويعتمدها فـي المباشـرة[1]، ولكـن أليست هذه النظريات الموضوعية و الشخصية تعتمد في المسئولية لا في الضمان، مـع الفـرق الواضح والمتجذر بين المفهومين؟! ثم إن القول باعتماد الفقه للنظريـة الموضـوعية يقتـضي التعدي كركنٍ مادي في الخطأ الموضوعي حتى يساءل المباشر، وهذا يناقض ما ورد من عـدم تعلق ضمان المباشر على أي من الشروط المرتبطة بصفة فعله من تعدٍ أو تعمدٍ[2].

وهناك من يدعم وجه النظر هذه بالقول، وأنّه حسب م/93 من مجلة الأحكـام العدليـة يشترط لضمان المتسبب التعمد، ولا يمكن تصور التعمد للفعل ونتيجته الـضارة دون تمييـزٍ أو إدراكٍ، ولكن ألا يوجد فرقٌ واضح بين التعدي والتعمد؟! والفقه أكد أن ما ورد في المجلة قُصد به التعدي، وأن أحد اللفظيين يقوم مقام الآخر، ذلك أن ما ورد في م/93 يخالف ما جرى عليـه الفقه الإسلامي والحنفي خصوصاً، من التعبير بلفظ التعدي لا التعمد، كما أنه مخالفٌ لمـا ورد من تطبيقاتٍ عمليةٍ في المجلة، والتي تنص على التعدي صراحة[3]**.** ولكن أليس التخلـي عـن التمييز لضمان المتسبب يلغي الفروق الفعلية بين المباشر والمتسبب ويصبحان سواء[4]**؟!** يشترط

[1] اليعقوبي، بدر جاسم محمد: المرجع السابق. ص305.

[2] أنظر مادة رقم /916 من مجلة الأحكام العدلية.

[3] انظر المادة رقم /924 من مجلة الأحكام العدلية.

[4] اليعقوبي، بدر جاسم محمد: المرجع السابق. ص305.

لضمان المتسبب أن يكون تعدى في فعله، وسبب هذا الاشتراط الضعف الموجود في علاقة السببية بين فعل المتسبب والنتيجة الضارة التي عليه أن يضمنها، ولا يشترط التعدي حتى في التسبب كأساس للضمان بقدر ما هو ضروري لتلافي الضعف في علاقة السببية، وبما أن التعدي لا يشترط فيه التمييز -وحسب المعيار الأكثر اعتماداً في الفقه- كأحد الظروف التي تؤثر فيه، وفي كيفية القياس على هذا المعيار، وبما أن المباشر ضامن تعدى بفعله أم لم يتعد، إذن الفرق بينهما قائم ومتمثلٌ بالتعدي.

سبب هذا الخلط المتعلق باشتراط التمييز لضمان المتسبب، برأيي ناتج من الخلط بين الضمان والمسئولية، فالدكتور أبو زيد يدعم توجهه، الذي يجعل من عديم التمييز المتسبب ضامناً للأضرار التي تسبب بها، أنه أي عديم التمييز يضمن ولا يسأل، والضمان من الجوابر والضمان خطاب وضع لا خطاب تكليف، وهذا لا يتطلب التمييز[1].

---

[1] أبو زيد، عبد الباقي: المرجع السابق. ص102.

الخاتمة

الدراسة التحليلية المنهجية للخطأ كأساسٍ للمسئولية التقصيرية، وهل يصلح الخطأ ليكون أساساً لهذه المسئولية، أم لا؟ وهل المسئولية التقصيرية هي المنهج الأكثر صلاحية للوصول إلى الغاية والهدف المرجو منها؟ تستدعي البحث والتحليل في جزئياتٍ عديدةٍ من أهمها، البحث في المنهج المقارب في غايته للمسئولية التقصيرية و المتبع في الفقه الإسلامي وهو الضمان، والمتمايز عنها في طبيعته وعليه، في أساسه وأحكامه، وبعودٍ إلى صلب الرسالة لا بد من بحثٍ تفصيلي للخطأ ومفهومه ومدى الانضباط فيه، وأوصافه وأنواعه، وصولاً للبحث في مواد البناء الأساسية لوجوده كركن للمسئولية التقصيرية، مبينةً صلاحية هذه المواد ليبنى بها الخطأ، وهي الركن المادي والمعنوي. ولقد توصلت من خلال البحث التحليلي لهذه الموضوعات إلى الاستنتاجات التالية:

أولاً: الخطأ مفهوم يعبر عن أمرٍ معنوي، يوجد من خلال تفاعلٍ نفسي اجتماعي مع الوقائع والأحداث، يجعل المرء يعتقد بعدم صوابية الحدث، وفقاً لمعطياتٍ عديدةٍ ينبني عليها هذا الحدث، ولذلك صعب ضبطه، لتخرج عملية الضبط هذه بآليةٍ تتشكل بها قاعدةٍ قانونيةٍ أو على الأقل ليتشكل بها وضع قانوني ما، مع ما يتطلب في القاعدة التي يتشكل به الوضع القانوني من دقة وعموم وتجريد، يفتقر إليها الخطأ بطبيعته هذه.

ثانياً: محاولات ضبط الخطأ والمتمثلة بتحديد لبنات البناء، واجهت الكثير من المصاعب، فمن حيث الركن المادي، يجد الباحث صعوبات جمة في تحديد طبيعته فهل تشكّل المخالفة لقاعدة اجتماعية متمثلة بالسلوك المألوف للرجل العادي، مخالفة لقاعدة قانونية؟ ثم ما هي ضوابط هذا السلوك وهل تستقر على حالٍ زماناً أو مكاناً، ومتى يمكن القول بحصول تعدٍ وانحرافٍ عن هذا السلوك المألوف، وما هو السلوك المألوف؟ ومن هو الرجل العادي؟ وما هي الظروف المعتد بتأثيرها فيه؟، هل هي الظروف الظاهرة دون الخفية، وظاهرة لمن؟ أم هي الظروف الداخلية والخارجية؟ وما الضابط بين ما هو داخلي وما هو وخارجي وما هو ظاهر وغير ظاهر؟. كل هذه التجاذبات فيما يتعلق بالركن المادي، وجدت لها إجاباتٍ فقهيةٍ أو حتى قضائيةٍ غير قاطعةٍ

في موضوع الأسئلة، تاركةً ذلك الهامش من الحركة الواسعة أكثر من اللازم للفقه والقضاء في تحديد ما يفترض تحديده بوضوحٍ وحسمٍ أكبر في النصوص القانونية.

أما من حيث الركن المعنوي، والذي هو محل اختلاف هل هو ركن في الخطأ أم عنصر في المسئولية؟ شخصياً لا أجد التمييز ركناً في الخطأ أو مكوناً أساسياً أو ثانوياً فيـه، فالخطـأ وصفٌ متعلقٌ بالفعل، وعليه ما دخل وصف الفاعل بالمميز أو عديم التمييز، لنقحمه في وصف الفعل؟ التمييز بأقصى الحالات يشكل عنصراً رئيسياً لنسبة الخطأ للفاعل، فلكي نقول أن فلانًـا أخطأ فلا بد أن يكون مميزاً وليس لأن نقول بأن الفعل يشكّل خطأً.

ثالثاً: التمييز عنصر أساسي لإناطة المسئولية، فلا يمكن لوم شخصٍ ومؤاخذته على فعـلٍ لـم نكلفه بالتزامٍ تجاهه مسبقاً، وضرورة التكليف ابتداء ترتّب وجود مناط التكليف بالمخاطب بهـذا التكليف، وهو العقل أي التمييز.

النقطتين الأولى والثانية أكدتا برأيي، على الفشل الذي منيت به محاولات ضـبط الخطـأ وإعطائه آلية تجعل منه ووفقاً للنظرية الشخصية منهجاً تطبيقياً، وعدم ملاءمة طبيعته للغاية من المسئولية التقصيرية وهي التعويض وجبر الأضرار، أظهرت في التطبيقات العملية العديد مـن التوجهات التي حاولت التغلب على هذا الضعف في قدرة وصلاحية الوسيلة على تحقيق الغايـة ومن هذه التوجهات:

1. الاعتداد بالخطأ مجرداً، دون اعتبار لأي وصفٍ ُوجد به، هـل كـان عمـدياً أو غيـر عمدياً؟وهل كانت درجة التعدي كبيرةً أو صغيرةً، بحيث تجعله خطأً جسيماً أو تافهـاً أو يسيراً، فلا قيمة فعليةً له إلا في إسناد المسئولية، دون أي اعتبارٍ له أو لدرجته أو لوصفه في تقدير التعويض إلا استثناء.

2. التخلي عن التمييز كركنٍ في الخطأ، وإيجاد ما عرف بالخطأ الموضـوعي، مـن أجـل الانخفاض بشروط وجوده إلى شرطٍ واحدٍ وهو التعدي، حتى يـتم الـتمكن مـن جبـر

الأضرار الواقعة من عديم التمييز، وكان سبقه توسع في الركن المادي، بإهمـال جميـع الجوانب الخاصة بالفاعل، وتحييد أثرها في السلوك.

3. التوسع في مفهوم التمييز والتشدد في إثبات وجوده، وحتى افتـراض حـالاتٍ اسـتثنائيةٍ مشروطةٍ يساءل بها عديم التمييز.

4. ابتكار مفهوم الخطأ المفترض الغير قابل لإثبات عكسه، والذي لا تنتفي مسئولية من أسند إليه إلا بالقوة القاهرةِ أو السبب الأجنبي.

برأيي كان هذا وضعاً طبيعياً ناتجاً من ضيق الوسيلة أن تتحقق بها الغاية، ولكـن هـل المسئولية بمفهومها العام يفترض بها أن تكون هذه غايتها سواء أسست على الخطأ أم على غيره من الأسس؟: لا، إذن الوسيلة لم تضيق أن تتحقق بها الغاية، بل لم تنسجم مع هذه الغايـة،إذ أن المسئولية تهدف إلى تحقيق الملامة والمؤاخذة، أي الزجر والردع عن الفعل الخاطئ المجرم أياً كان وصفه، فكان بحث الفقهاء عن فعلٍ ملام عليه فاعله، ولن يكون الجرم وإلا قامت المسئولية الجنائية، فماذا سيكون؟ كان الخطأ، ولكن بحثهم عن وصفٍ للفعل أبعد عن أذهانهم تغير الغايـة من العقاب والزجر إلى التعويض وجبر الضرر، وعدم صلاحية المنهج بكليته وهو المـسئولية لتحقيق هذه الغاية، التي كان الفقه صريحاً في تأكيده لها.، حتى لو تـم تأسيـسها علـى الفعـل الضار، لأن اعتماد الفعل الضار أساساً لها، وإن أزال المشكلات الناتجة من تبني الخطـأ، لـم يغير في طبيعة المسئولية، فهي مازالت تحافظ على طبيعة المؤاخذة والملامة على الفعل فيهـا، حتى لو تم حصر شكل الملامة أو العقاب في التعويض دون غيره من وسائل الردع أو العقاب، كما أن المسئول مكلّف، وعليه فهو عاقل ومميز بالضرورة، فلا مساءلة لعديم التمييز، لذلك أجد أن هذه الاستنتاجات تقودني إلى الاقتراح التالي:

تغيير المنهج المستخدم حالياً في جبر الضرر والتعويض، لعدم تلاؤمه مع هذه الغاية،فلا بد أن تكون الوسيلة تقود إلى الغاية، فمن أولويات نجاح المنهج أن يقودنا إلى المآل المفترض له مسبقاً، بأقصر الطرق وأكثرها استقامةً، لأن سهولة الوصول تبين صحة المـسلك وملاءمتـه. والمسئولية كمنهجٍ له أسسه وأحكامه العامة، لا تتلاءم مع هذه الغاية، ولقد تبين مدى الصعوبات

التي تواجهها في الوصول إلى مآلها المفترض، حتى مع افتراض إقامتها دون اشتراط الخطأ في الفعل الذي أسست عليه. فقد نستطيع بذلك التخلص من المعيقات المترتبة على الاستناد للخطـأ، ولقد أوردتها سابقاً، ولكن لو أسست على الفعل الضار وهي بذلك أقرب ما تكون إلى الـضمان، هل تزول عنها طبيعتها وكونها ملامة وعقوبة وزجر، هل نزيل عنها افتراض التكليف والتمييز في المخاطب بها؟

المنهج البديل برأيي، هو الضمان، حيث يعبر كوسيلة عن التوافق والتلاؤم التام مع غاية جبر الأضرار والتعويض، ويمكّن بطريقةٍ صحيحةٍ قانونياً من جبر الأضرار التي يتـسبب بهـا عديم التمييز.، وهو ما لا يتحقق باعتماد المسئولية كمنهج بأي أساسٍ قامت عليه.

قائمة المصادر والمراجع

القوانين وقرارات المحاكم

مجلة الأحكام العدلية /1869.

القانون المدني المصري رقم/131 لسنة 1948.

القانون المدني الأردني رقم/43 لسنة1967.

المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع 2003.

اليحيى، محمد توفيق: **مجموعة القواعد القانونية / الدائرة المدنيـة.** الجـزء الأول والثـاني والثالث. القاهرة. مطابع مدكور وأولاده. 1957.

المصادر

ابن جزيء، أبو القاسم محمد بن أحمد: **القوانين الفقهية**.دون ط. بيروت: دار الكتـب العلميـة دون سنة نشر

ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد: **المحلى**.ج/2.تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر. دون ط. بيروت: دار الأفاق الجديدة. دون سنة نشر

ابن منظور: **لسان العرب المحيط**، الجزء الأول والثاني. يوسف الخياط. بيـروت: دار لـسان العرب.

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود: **بدائع الصنائع في ترتيـب الـشرائع.** ج/7. ط/2. بيروت: دار الكتب العلمية. 1986.

مصطفى، إبراهيم وآخرون: **المعجم الوسـيط**. المجلـد الأول والثـاني.ط/2. اسـتنبول: دار الدعوة.1972.

اللجمي، أديب وآخرون: المحيط. معجم اللغة العربية. المجلد الثاني. محي الدين صابر.

ابن أنس، مالك: **الموطأ**. مراجعة وإشراف نخبة من العلمـاء.ط /2. بيـروت والمغـرب: دار الجليل ودار الأفق الجديدة. 1993.

المراجع

إبراهيم، إبراهيم عبد الرحمن: **علم أصول الفقه الإسلامي** ط/ 1. عمان: دار الثقافة. 1999.

أبو الخير، عبد السميع عبد الوهاب: **التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييـز فـي الفقه الإسلامي وفي القانون المدني. دراسة مقارنة**. دون طبعة. القاهرة: دار النهـضة العربية. 1994.

أبو السعود، رمضان: **مصادر الالتزام**. ط /2. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.2003.

أبو ملوح، موسى سلمان: **شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني. مصادر الالتزام الإراديـة وغير الإرادية.** ط / 1**.** غزة: منشورات جامعة الأزهر. 20003/2002.

الأحمد، محمد سليمان: **المدخل لدراسة الضمان**. ط /1. عمان: دار مكتبة الحامد.2002.

أحمد، محمد شريف: **مصادر الالتزام في القانون المدني. دراسة مقارنـة بالفقـه الإسـلامي**. ط/1. عمان: مكتبة دار الثقافة. 1999.

الأهواني، حسام الدين كامل. **مصادر الالتزام غير الإرادية**. دون طبعة. القاهرة: مطبعة أبنـاء وهبة حسان. 1994/1993.

باز اللبناني، سليم رستم: **شرح مجلة الأحكام**. 1923.

بوذياب، سلمان: **مبادئ القانون المدني**، ط /1. بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنـشر والتوزيع. دون سنة نشر.

تناغو، سمير عبد السيد: **المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام.الجزء الأول. مصادر الالتـزام.** الإسكندرية: دون ناشر. دون سنة نشر.

تناغو، سمير عبد السيد: **نظرية الالتزام**، دون طبعة. الإسكندرية: منشورات المعارف. 1975.

الجمال، مصطفى: **النظرية العامة للالتزام**. دون طبعة. الإسكندرية: الدار الجامعية. 1987.

الجمال، مصطفى، و أبو السعود، رمضان، وسعد، نبيل إبراهيم: **مـصادر و أحكـام الالتـزام. دراسة مقارنة.** دون طبعة. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. 2003.

جمعة، عبد المنعم لطفي: **موسوعة القضاء في المسئولية المدنية (التقصيرية والعقدية).**الكتاب الأول. الجزء الأول. دون طبعة. القاهرة: عالم الكتاب. 1979.

حيدر، علي: **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**. تعريب فهمي الحـسيني. ط/1 بيـروت:دار البديل. 1991.

الخفيف، علي: **الضمان في الفقه الإسلامي**. القسم الأول. القاهرة: معهد البحوث والدراسـات. العربية. 1971.

الدريني، فتحي: **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسـلامي**. ط / 2. عمـان: دار البشير..1998.

دسوقي، محمد إبراهيم: **تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**. دون طبعة.الإسكندرية: مؤسـسة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع. دون سنة نشر.

الزرقاء، مصطفى أحمد: **الفعل الضار والضمان فيه.** ط /1. دمشق: دار القلم. 1988.

الزرقاء، مصطفى أحمد: **الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد. الجزء الثاني. المدخل الفقهي العام.** ط/ 7. دمشق: مطبعة جامعة دمشق. 1963.

الزحيلي، وهبة: **نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقـه الإسـلامي. دراسة مقارنة.** دون طبعة. دمشق: دار الفكر. 1982.

سعد، نبيل إبراهيم: **النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتـزام**. دون طبعـة. الإسـكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2004.

سلطان، أنور: **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقـه الإسـلامي.** ط/1**.** عمان: منشورات الجامعة الأردنية. 1987.

السنهوري، عبد الرازق أحمد: **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**. دون طبعة. دون بلـد نـشر: دون ناشر.1967.

السنهوري، عبد الرازق أحمد: **الوسيط في شرح القانون المـدني. الجـزء الثـاني مـصادر الالتزام.** المجلد الثاني. تنقيح مصطفى محمد الفقي و عبد الباسط جميعي.ط /3. القاهرة: دار النهضة العربية. 1987.

السنهوري، عبد الرازق أحمد: **الوسيط في القانون المدني**. الجزء الأول. تنقيح أحمد مـدحت المراغي. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 2004.

الشرقاوي، جميل: **النظرية العامة للالتزام. الكتاب الأول. مصادر الالتزام**. دون طبعة. القـاهرة: دار النهضة العربية. 1995.

سوار، محمد وحيد الدين: **الاتجاهات العامة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربيـة المتحدة دراسة موازنة بالمدونات العربية.** دون طبعة. أبو ظبي: دار المتنبـي للطباعـة والنشر. 1988.

الصدة، عبد المنعم فرج: **مصادر الالتزام**. دون طبعة. بيروت: دار النهضة العربية 1979.

الصدة، عبد المنعم فرج: **الموجز في مصادر الالتزام**. دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1996.

طلبة، أنور: **المسئولية المدنية. الجزء الثالث في المسئولية التقصيرية**. ط /1. الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث. 2005.

عامر، حسين: **المسئولية المدنية**. ط/1. القاهرة: مطبعة مصر. 1956.

عامر، حسين وعبد الرحيم: **المسئولية المدنية**. ط/2.القاهرة: دار المعارف. 1979.

عبد التواب، معوض: **الموجز في التعليق على نصوص القانون المدني**. الجزء الأول. ط/4. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1998.

عبد الرحمن، أحمد شوقي محمد: **البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية.** دون طبعة. دون بلد نشر: دون ناشر. 2003.

عبد ا ، فتحي عبد الرحيم: **دراسات في المسئولية التقصيرية:نحو مسئولية موضوعية).** دون طبعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 20005.

العدوي، جلال علي: **أصول الالتزامات. مصادر الالتزام**. دون طبعة.الإسكندرية: منشأة المعارف. 1997.

عدوي، مصطفى عبد الحميد: **النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام**.ط /1. القاهرة: مطبعة حمادة الحديثة. 1996.

عطا ا ، برهام محمد: أساسيات نظرية الالتزام. دون طبعة. الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية. دون سنة نشر.

العطار، عبد الناصر توفيق: **مصادر الالتزام**. دون طبعة. القاهرة: مؤسسة البستاني. دون سنة نشر.

عكوش، حسن: **المسئولية التقصيرية والعقدية في القانون المدني الجديد**. ط/1. القاهرة: دار الفكر الحديث.1973.

العوجي، مصطفى: **القانون المدني. الجزء الثاني. المسئولية المدنية**. ط/1. بيروت: مؤسسة بحسون. 1996.

عياد، مصطفى عبد الحميد. **المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي**. دون طبعة. بنغازي: منشورات جامعة قار يونس. 1990.

الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام. مصادر الحق الشخصي في القانون المدني**. ط/1.الإصدار الثالث. عمان: الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة. 2001.

الفاكهاني، حسن، وجميعي،عبد الباسط، ومدكور محمد سلام، و حتحوت عادل: **الوسيط في شرح القانون المدني الأردني رقم1967/43.** الجزء الرابع. دون طبعة. القاهرة: الدار العربية للموسوعات. 2001.

فرج، توفيق حسن: **النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام**.ط /3. بيروت. الدار الجامعية. 1992.

الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزامات. دراسة مقارنة. الجزء الأول. مصادر الالتزام.** دون طبعة**.** عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996.

فودة، عبد الحكيم: **الخطأ في نطاق المسئولية التقصيرية**. دون طبعة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 1996.

فودة، عبد الحكيم: **الموسوعة الماسية في المواد المدنية والجنائية.** الجزء الأول. دون طبعة. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 1998.

فيض الله ، محمد فوزي: **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام. محاضرات في كلية الحقوق.** جامعة الكويت. دون طبعة. الكويت: دون ناشر. 1981 /1982.

القاسم، هشام: **محاضرات في القانون المدني الباب التمهيدي ومصادر الالتزام.** ط/6. دمشق: منشورات جامعة دمشق. 1992 /1993.

المحاقري، إسماعيل محمد علي: **الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون المـدني اليمنـي مقارناً بالقانون المدني المصري والشريعة الإسلامية.** دون طبعة. القاهرة: سعد سـمك للنسخ والطباعة. 1996.

مرقس، سليمان: **الفعل الضار**. ط/ 2. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية. 1956.

مرقس، سليمان: **موجز أصول الالتزامات**. دون طبعة. القاهرة: مطبعة لجنة البيـان العربـي. 1961.

مرقس، سليمان: **الوافي في شرح القانون المدني. المجلد الأول. الفعل الـضار**. ط/5. تنقـيح حبيب إبراهيم الخليلي. مصر الجديدة: دون ناشر. 1992.

منصور، أمجد محمد: **النظرية العامة للالتزامات. مصادر الالتزام**. ط/1. عمان: الدار العلميـة الدولية للنشر ودار الثقافة. 2001.

نخلة، موريس: **الكامل في شرح القانون المدني**. الجزء الثاني. دون طبعـة. بيـروت: الـدار الجامعية. 1987.

النقيب، عاطف: **النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والـضرر-**. ط/3. بيروت وباريس والجزائر: منشورات عويدات وديـوان المطبوعـات الجامعيـة. 1984.

يكن، زهدي: **المسئولية المدنية أو الأعمال غير المباحة**. ط/ 1. بيروت: منـشورات المكتبـة العصرية. دون سنة نشر.

الدوريات

أبو زيد،عبد الباقي: بحث في مسئولية عديم التمييز التقصيرية في القـانون المقـارن: القـانون الفرنسي والقانون المصري وفقه الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي). **مجلـة الحقـوق** /1982/3:6، 15-100.

دراركة، فتحي أحمد: دراسة مقارنة بين المسئولية التقصيرية والمسئولية الجزائية، **مجلة نقابة المحامين.** عمان 2005/20، 34-41.

اليعقوبي، بدر جاسم محمد: تحديد مفهوم مباشر الضرر وفقاً م/19 مكرر من قانون تنظيم الالتزامات الكويتي. **مجلة الحقوق والشريعة.** /2:2 1978، 288-307

الرسائل الجامعية

أبو مويس، موسى مروان موسى: **فعل المباشرة والتسبب في المسئولية المدنية عن حوادث السيارات.** (رسالة ماجستير غير منشورة).جامعة آل البيت.مؤتة. الأردن. 2001.

حرح، زهير بن زكريا: **الخطأ في المسئولية المدنية دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني.** (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عين شمس. القاهرة. مصر. 1999.

حليلو، مصطفى عبد القادر: **عناصر المسئولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري**. (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن 1990.

خصاونة، مها يوسف: **فعل المباشرة والتسبب في الإضرار غير المشروع في القانون المدني الأردني. دراسة مقارنة.** (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة آل البيت. مؤتة. الأردن. 2000.

شريف، أحمد شريف حسين: **المسئولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني.** (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن.1994.

محمد، عبد الحميد عثمان: **المسئولية المدنية عن مضار المادة المشعة. دراسة مقارنة.** (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة القاهرة. الخرطوم. السودان. 1993.

هارون، جمال حسني: **المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في القانون المدني الأردني. دراسة مقارنة.** (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة الأردنية. عمان. الأردن 1993.

المراجع الإنجليزية

Harpwood , Vivienne:**Law of Tort**. no edition. Cavendish.London. 1993.

W.V.H Rogers: **Winfield and jolowicz on Tor**t. edition 12. London: Sweet And Maxwell.1984.

مواقع الانترنت

www.qanoun.net

An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

Pillar Fault of Omissive Responsibility Comparative Study of Egyptian and Jordanian Civil Laws

Prepared by
Asma' Musa As'ad Abu Sroor

Supervised by
Dr. Ali Sartawi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Private Law, Development, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.
2006

Pillar Fault of Omissive Responsibility
Comparative Study of Egyptian and Jordanian
Civil Laws
Prepared by
Asma' Musa As'ad Abu Sroor
Supervised by
Dr. Ali Sartawi

Abstract

This study researched and analyzed fault on which all topics have dwelt. First, the study researched into responsibility as a method which considers fault as its basis. Then the study moved to identify the concept and nature which necessitate a blame for breaching one of the regulations. The study also examined the diversity of regulations which eventually lead to the emergence of diversity in responsibility, legal responsibility and omissive responsibility in particular given the fact that the fault is its basis in the majority of laws. In this context, the researcher surveyed the historical stages which responsibility has passed through and compared between responsibility and security in terms of the latter's concept, elements of difference and similarity with responsibility as a method very close in its objectives to those of omissive responsibility, albeit outwardly.

In chapter two, the researcher elaborated on fault as an abstract concept in language and in law. The researcher provided an analysis of some juristic terms which sought to control and specify the concept of fault in order to control its legal status, pertinent to it, and determine its presence or lack of it and the difficulty if not the impossibility of so doing. The abstract concept of fault, by its nature, was intended to form as a basis or foundation for a legal status requiring accuracy which no definition can succeed in describing a concept of an abstract nature. The researcher also investigated the effect of difference in the shape of act, positive or negative, which the fault is based on as well as the impact of difference in

descriptions pertinent to the fault, serious or trivial, deliberate or not, on the role of fault in responsibility.

Through investigation of the types of fault (civil and criminal) it was found that there was an inevitable link between civil responsibility and criminal responsibility. That is, every criminal fault is necessarily a civil fault but the other way is not true. It should be maintained that the basis of discrimination or differentiation between the two responsibilities was not the act and its description. The differentiation, rather, was based on harm and its difference from both responsibilities. The researcher also found that the fabrication of a new type of fault neglects the abstract pillar and founds for fault and holds the responsibility on the physical/material pillar. It also failed, according to the concept of responsibility, in finding it a necessity to assign it rationality by overcoming the lack of justice resulting from the assumption of rationality as a non-material pillar in the fault. Accordingly, there was failure to account irrationality for harm inflicted on others.

The second half of the study examined the pillars of the fault. Chapter three investigated the material pillar, on the assumption of its realization of aggression on the normal person's behavior in the same circumstances which surrounded the perpetrator at the time of committing the act, in order to the considered an aggressive person if he/she deviates from the social control to whom the judiciary was granted wide powers, to determine its presence or lack of it, than it should, particularly given the ambiguity and disagreement over the circumstances taken to describe the act as aggressive from other circumstances which can be taken but accompanied the act and impacted it. Those accompanying the perpetrator have been marginalized and even neutralized on the basis of objective necessity of argument as if the average person, in his carefulness, intelligence and wittiness were enough to explain who the ordinary person

is and how he is expected to behave, thus achieving objectivity and neutrality in the legal text. The researcher, at the end of the chapter, analyzed the argument in the Jordanian civil law and Islamic Sharia concerning the concept of aggression, its appropriateness or lack of it with effective system in both of them.

Chapter four was devoted to the psychological or non-material pillar in terms of its concept, nature and the truth of its presence in the fault and in the responsibility as a condition of assigning the responsibility or a condition to attribute the fault to the perpetrator. The researcher held a comparison between systems followed in the Jordanian and Egyptian civil laws- and the Islamic Sharia necessarily –for each of them follows a different system.

In the light of the research into the validity of the fault as a pillar to establish responsibility, it was found that such establishment was not valid, pertinent to the fault and its nature, thus preventing it from becoming a legal basis, in the accurate and abstract sense, required in any legal foundation.

Considering the fault as a basis for making the responsibility a civil one, at the beginning of its separation from the criminal responsibility, didn't emerge as different from the criminal. Rather, it was a case that extends to criminal responsibility assumed by the emergence of the legal principle. However, the difference of assumed purpose from both of them necessitates flexibility in the foundation of the omissive responsibility, hence the fault. The nature of responsibility and omissive responsibility in particular, and assumption of coercion and compensation as an end for it has revealed more clearly the non-validity of the fault as a basis for responsibility and even the non-validity of responsibility as a method that

aims at rectifying the harm, bringing back the balance to financial reliabilities coupled with what the responsibility holds of appropriateness of nature which assumes that a deviant act is a basis for it regardless of its description and the necessity for differentiation of perpetrators when it comes to accountability.